

Luigi Ferrajoli

EDITORIAL TROTTA

Principia iuris

Teoría del derecho y de la democracia

1. *Teoría del derecho*

Principia iuris
Teoría del derecho y de la democracia

Principia iuris
Teoría del derecho y de la democracia

1. Teoría del derecho

Luigi Ferrajoli

Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón,
Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel

E D I T O R I A L T R O T T A

La traducción de esta obra ha sido financiada por el SEPS
Segretariato Europeo per le Pubblicazioni Scientifiche



Via Val d'Aposa 7 - 40123 Bologna - Italia
seps@seps.it - www.seps.it

COLECCIÓN ESTRUCTURAS Y PROCESOS
Serie Derecho

Título original: *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*
1. Teoria del diritto

© Editorial Trotta, S.A., 2011, 2013
Ferraz, 55. 28008 Madrid
Teléfono: 91 543 03 61
Fax: 91 543 14 88
E-mail: editorial@trotta.es
<http://www.trotta.es>

© Gius. Laterza & Figli SpA, 2007

Esta traducción de *Principia iuris* se publica por acuerdo
con Gius. Laterza & Figli SpA, Roma-Bari

© Juan Carlos Bayón Mohino, para la traducción de Prefacio, Introducción, Preliminares
y capítulos 1-5; Marina Gascón Abellán, para la traducción de los capítulos 6-9;
Luis Prieto Sanchís, para la traducción de los capítulos 10-12, 2011

ISBN: 978-84-9879-175-4 (Obra completa)
ISBN (edición electrónica pdf): 978-84-9879-415-1 (Volumen 1)

PREFACIO

Este libro contiene una teoría del derecho construida con el método axiomático. Además de la introducción metateórica, se compone de cuatro partes: la primera está dedicada a la *deóntica*, es decir, a las relaciones que en cualquier sistema normativo median entre acciones, calificaciones deónticas, sujetos y reglas; la segunda, al *derecho positivo*, esto es, a esas mismas relaciones cuando se dan, más específicamente, entre actos jurídicos, situaciones jurídicas, personas y normas jurídicas; la tercera, al *estado de derecho*, o sea, a los sistemas de derecho positivo caracterizados por la sujeción al derecho de la producción del derecho mismo; la cuarta, a ese modelo específico de estado de derecho que es la *democracia constitucional* y a sus distintas dimensiones y niveles, tal y como resultan de las diferentes clases de derechos fundamentales que, según se entiende aquí, la componen.

Objeto de la teoría es el análisis de las formas del derecho positivo de los ordenamientos modernos, siguiendo un modelo integrado de ciencia jurídica que resulte apto para dar cuenta de la divergencia que en alguna medida habrá siempre en dichos ordenamientos entre principios y prácticas y, por lo tanto, de los perfiles de ineffectividad de los primeros y de ilegitimidad de las segundas. La finalidad que persigue es la redefinición del paradigma teórico y normativo de las democracias constitucionales contemporáneas, hoy en crisis, así como la identificación de las diferentes clases de garantías idóneas para asegurar su máximo grado de efectividad frente a los distintos tipos de poder y para la tutela de los diversos tipos de derechos. El método adoptado es el axiomático, que supone la reelaboración del lenguaje jurídico teórico en su conjunto a través de la definición, implícita o explícita, de todos sus términos y la fundamentación, ya sea por vía de asunción o de demostración, de todos sus enunciados.

Objeto, finalidad y método de la teoría, aun conectados entre sí, serán tratados en la Introducción en tres partes diferenciadas que se corresponden con las tres clásicas dimensiones del lenguaje distinguidas por Charles Morris: la (metateoría) *semántica*, que contempla las relaciones de los signos del lenguaje teórico con los objetos designados y,

por consiguiente, el contenido empírico e informativo de la teoría acerca del derecho positivo que es su universo del discurso; la (metateoría) *pragmática*, que se ocupa de los fines explicativos de los conceptos y enunciados teóricos, de sus condicionamientos históricos e ideológicos, de su interacción con la opinión común, del papel crítico y proyectivo que sugieren en relación con las antinomias y lagunas presentes en los sistemas jurídicos concretos; la (metateoría) *sintáctica*, que contempla por fin las relaciones formales entre los signos de la teoría, tal y como resultan del empleo de las reglas de formación y transformación estipuladas para los fines de la construcción y el desarrollo del lenguaje y el discurso teórico. A cada una de estas tres dimensiones y a las cuestiones conectadas con ellas —de qué habla, para qué sirve y cómo se construye una teoría del derecho— le corresponden otros tantos tipos o criterios de fundamentación de la teoría: la interpretación empírica y la adecuación explicativa del sistema teórico respecto a la realidad jurídica investigada; la justificación de las tesis primitivas, ya sean postulados o definiciones, sobre la base de su capacidad de explicación analítica y sistemática y de su fecundidad crítica y proyectiva; la coherencia con las tesis primitivas de todas las tesis derivadas, en virtud de su deducción de otras tesis, primitivas o a su vez derivadas, y del control lógico de todas las operaciones a través de las cuales son demostradas.

El aspecto más llamativo e inusual de la teoría que aquí se desarrolla es sin duda el empleo del método axiomático, con su aparato de fórmulas en lenguaje simbólico impuesto por las exigencias de la formalización y del cálculo. En virtud de este método, no se admite en la teoría ningún concepto que no haya sido *definido* mediante otros términos teóricos sobre la base de reglas de formación previamente establecidas, ni se acepta ninguna tesis que no haya sido *demostrada* a partir de otras tesis de la teoría sobre la base de reglas de transformación igualmente preestablecidas. Naturalmente, para evitar un regreso al infinito, algunos conceptos son asumidos sin definición como *primitivos* y algunas tesis se asumen sin demostración como *postulados* o *definiciones*. De todo ello resulta una reconstrucción de la totalidad del lenguaje *teórico* de la ciencia jurídica, posibilitada por el hecho de que se trata —a diferencia de lo que ocurre con el lenguaje de las disciplinas jurídicas particulares, que llamaré *dogmático* en tanto que sujeto dogmáticamente, como se verá, al léxico del lenguaje legal— de un lenguaje «artificial» o «convencional», elaborado por el teórico y por consiguiente formalizable sobre la base de reglas que él mismo ha estipulado.

Las razones que justifican el empleo de este método son sobre todo, como es obvio, de naturaleza teórica: la simplificación del lenguaje teórico; la claridad y univocidad de los conceptos y las tesis asumidas; la exposición de todas las deducciones al control lógico y de todas las asunciones a la valoración y a la crítica extralógica; la coherencia interna y la sistematicidad del conjunto; la superación, en fin, de las ambigüedades y de las muchas aporías y paralogsismos que resultan inevitables en cual-

quier discurso formulado en lenguaje ordinario. No obstante, el rigor impuesto por la axiomatización cumple también una función práctica. En efecto, el método axiomático constituye, a mi modo de ver, un poderoso instrumento de clarificación conceptual, de elaboración sistemática y racional, de análisis crítico y creación teórica, de modo que resulta particularmente eficaz para explicar la creciente complejidad e ineffectividad de los ordenamientos modernos, así como para el diseño de sus modelos normativos y sus técnicas de garantía. Además, como se verá, este método permite desarrollar, de manera sólo aparentemente paradójica, una formalización rigurosa de la dimensión sustancial y axiológica impuesta al derecho positivo por el paradigma contemporáneo del constitucionalismo democrático. Y finalmente, por mucho que pueda parecer aún más paradójico, en línea de principio la *tabula rasa* del discurso llevada a cabo por su axiomatización mediante la reconstrucción de la totalidad del lenguaje teórico debería hacer accesible la teoría también a los no expertos en derecho.

El método axiomático, por otra parte, impone constricciones, dificultades y costes, el principal de los cuales consiste en que hace el discurso inevitablemente fatigoso y prolijo, sobre todo en los capítulos iniciales. Así que para no desalentar al lector puede ser oportuna una advertencia. He formulado cada una de las tesis, ya sea primitiva o derivada, tanto en lenguaje ordinario como en el lenguaje simbólico determinado por las reglas estipuladas. Y he relegado en cambio a un tercer volumen titulado *La sintaxis del derecho* las demostraciones a veces complejas y laboriosas de las tesis derivadas, limitándome a indicar en el texto, junto a su enunciación en lenguaje simbólico, las tesis primitivas o derivadas que constituyen sus premisas. A pesar de ello, la mera presencia de las fórmulas puede producir una impresión de dificultad. Pero espero que se trate sólo de una primera impresión. Muchas de las deducciones cuya corrección permite mostrar el cálculo son en efecto intuitivas, aun cuando no todas las deducciones intuitivas son correctas ni todas las deducciones correctas son intuitivas. Las fórmulas con las que se enuncian definiciones y teoremas —y que aparecen denominadas con numeración correlativa, en la que las primeras cifras corresponden a las del número del capítulo en el que son introducidas— pueden por consiguiente *no ser leídas*, tanto más cuanto que todas están traducidas y analizadas en lenguaje ordinario. Con mayor razón pueden ignorarse las demostraciones de los teoremas expuestas en el volumen tercero, en el que en cambio resultará útil consultar las traducciones al lenguaje ordinario, todo lo completas y fieles que resulta posible, de cada una de las tesis formuladas y demostradas en lenguaje simbólico y que en el texto se expresan a veces en términos inevitablemente sumarios, aproximativos y elípticos.

Todo ello no quiere decir que el aparato simbólico sea un agregado o un elemento accesorio de la teoría que habría podido omitirse. En rigor, la teoría es *toda y sólo* la expresada por el cálculo. El resto es traducción,

interpretación empírica y comentario. El cálculo es por consiguiente factor constitutivo de la teoría e instrumento insustituible del análisis teórico. Sirve para destacar y aclarar los problemas, para construir y simplificar los conceptos, para explicitar sus nexos y fundamentos, para dotar de coherencia a la teoría y hacerla orgánicamente sistemática y, sobre todo, para guiar las opciones estratégicas que gobiernan los postulados y las definiciones a la vista de las consecuencias que son capaces de generar. Y por numerosos y difíciles que sean los problemas que nos obliga a afrontar, son, como espero llegar a mostrar, notablemente menos y menos graves que los que nos permite resolver.

Finalmente hay que señalar que la parte cuarta, dedicada a la democracia, no contiene fórmula alguna. No consiste en un desarrollo de la teoría axiomatizada del derecho, sino en una interpretación explicativa y proyectiva del paradigma constitucional elaborado por aquélla con referencia a la estructura de las democracias constitucionales actuales. En dicha parte, a fin de elaborar un modelo normativo de democracia, se tira de los hilos y se extraen las implicaciones de la red compleja de tesis asumidas o demostradas en las tres partes precedentes, dedicadas a la teoría del derecho: en particular, sobre las relaciones entre derechos y garantías, la jerarquía de las fuentes y de los poderes, la validez de los actos prescriptivos, la legitimidad de las normas, sus condiciones de efectividad, la distribución de competencias y la separación de poderes, sobre la estructura de los derechos fundamentales y el papel desempeñado por su estipulación constitucional, sobre las técnicas e instituciones de garantía que los mismos requieren y sobre las potencialidades de expansión del paradigma constitucional al derecho supra- e internacional. Pero se puede decir también, a la inversa, que la teoría (normativa) de la democracia es el banco de pruebas de la teoría (formal) del derecho de los actuales ordenamientos constitucionales, que se ha elaborado con la vista puesta en la primera; hasta el punto de que puede incluso ser leída por separado por quienes estén interesados sólo en ella, para remontarse después desde sus tesis a las de la teoría del derecho que las respaldan y que les proporcionan sus términos, sintaxis, presupuestos y fundamentos.

Me doy cuenta de que toda la teoría que aquí se presenta puede parecer hoy, bajo diferentes aspectos, escasamente actual. En el plano metateórico refleja una aspiración de la filosofía de la ciencia expresada por el primer neopositivismo lógico y arrinconada por sus orientaciones posracionalistas más recientes, pero presente aún en los años sesenta del pasado siglo, cuando se proyectó este trabajo. En el plano teórico, por otra parte, persigue la elaboración de un modelo racional de derecho anclado en el paradigma constitucional diseñado por las constituciones posteriores a la segunda guerra mundial y, sin embargo, cada vez más lejano a causa de la irracionalidad, la incertidumbre, las antinomias y las carencias producidas por la actual crisis de las viejas soberanías estatales, por la pérdida de la unidad y la capacidad regulativa del derecho y por

la complicación y confusión de sus fuentes de producción. En el plano político, finalmente, sugiere la hipótesis de una democracia fundada, tanto en los niveles de los ordenamientos estatales como en el del ordenamiento internacional, en la garantía de la paz y de los derechos vitales de todos, en años en los que asistimos al retorno de la guerra como instrumento de dominación y de solución ficticia de los problemas internacionales, a procesos de radical desregulación y a la vez de inflación legislativa, a la globalización de la economía y de las comunicaciones pero no del derecho y de los derechos, al crecimiento exponencial de las desigualdades y de la devastación medioambiental, a la muerte cada año de millones de seres humanos por hambre o enfermedades no tratadas, a la proliferación descontrolada de poderes extralegales y salvajes tanto públicos como privados.

Pero precisamente esta falta de actualidad ha sido tal vez una de las principales razones que han motivado este trabajo. La teoría del derecho, como sostendré en las páginas de la Introducción, tiene en efecto, pues, el cometido de elaborar, analizar y explicitar la red de relaciones lógicas entre conceptos y enunciados que componen el modelo, no sólo explicativo sino también normativo, de ese complejo artefacto que es el actual paradigma de la democracia constitucional, caracterizado —en sus diferentes niveles, estatales y supraestatales— por la normatividad del derecho respecto a sí mismo. Por consiguiente es claro que es tanto más idónea para ocuparse de los problemas, para nombrar y aclarar sus términos y, sobre todo, para fundamentar el análisis, la crítica y las técnicas de reducción de la inevitable divergencia entre el deber ser constitucional y el ser efectivo del derecho vigente, cuanto mayor sea el rigor lógico de su lenguaje y de las relaciones que en ella se formulan. Y todo ello por cuanto la lógica es del discurso teórico *acerca* del derecho —tanto más si está axiomatizado— y no, aunque debería serlo, del discurso *del* derecho positivo; y cuanto menos lo es —cuanto más irracional e ilegal es la práctica jurídica y política, cuanto más inefectivos son sus modelos normativos, cuanto más alejada de los principios del derecho está la realidad de las relaciones sociales— tanto más necesaria se torna la función pragmática de la teoría como instrumento racional de análisis crítico, de planeamiento jurídico y de redefinición de la opinión común acerca del derecho y de la política. No hay, en efecto, alternativa a la crisis de la razón jurídica y política que no sea la razón misma.

No me resulta posible dejar constancia de todas las deudas de gratitud que he contraído, en los casi cuarenta años transcurridos desde los primeros e inseguros pasos de este trabajo, con los numerosos amigos y colegas con los que de tanto en tanto he discutido las diversas cuestiones que en él se abordan. Mi mayor deuda es con Norberto Bobbio y Uberto Scarpelli, que siguieron y alentaron su fase inicial. Pero también quiero dar las gracias —por sus críticas y sugerencias, que en nada disminuyen mi exclusiva responsabilidad por cualquier insuficiencia del trabajo

en su conjunto o de cada una de sus tesis— a Perfecto Andrés Ibáñez, Michelangelo Bovero, Paolo Comanducci, Giuseppe Cotturri, Carlo Dalla Pozza, Paolo Di Lucia, Letizia Gianformaggio, Riccardo Guastini, Dario Ippolito, Mario Jori, Fabrizio Mastromartino, Tecla Mazzarese, Eligio Resta, Rossana Rossanda, Salvatore Senese y Danilo Zolo, que han leído y discutido este libro en todo o en parte. Doy las gracias además a todos los que a lo largo de estos años, especialmente en el curso de tres densos debates, para mí muy fecundos —el primero promovido por la inolvidable Letizia Gianformaggio, el segundo por Michelangelo Bovero y Ermanno Vitale, el tercero por Miguel Carbonell y Pedro Salazar Ugarte—, han discutido mi trabajo y con sus críticas han suscitado aclaraciones, adiciones y correcciones. Finalmente deseo expresar un agradecimiento especial, por el apoyo que me ha ofrecido de manera incesante, a mi esposa, Marina Graziosi, a la que está dedicado este libro.

L. F.

PRINCIPIA IURIS
TEORÍA DEL DERECHO Y DE LA DEMOCRACIA

1. TEORÍA DEL DERECHO

Introducción

METATEORÍA DEL DERECHO

I. LA SEMÁNTICA

1. *El objeto de la teoría del derecho. La extensión de la teoría: derecho positivo y democracia constitucional*

La «teoría general del derecho», como sistema de conceptos y enunciados diferenciado y autónomo respecto a las disciplinas jurídicas particulares (el «derecho civil», el «derecho penal», el «derecho procesal», el «derecho público» de un ordenamiento dado), es un producto del siglo XX. Entronca con la ciencia jurídica decimonónica a través de dos tradiciones diferentes: por un lado, las grandes sistematizaciones doctrinales, en particular del derecho civil y del derecho público, elaboradas en el siglo XIX en los países de Europa continental; por otro, la *jurisprudence* de los países de *common law* inaugurada por John Austin, dedicada a la clarificación de los conceptos jurídicos fundamentales y al estudio en términos generales y abstractos de los fenómenos jurídicos, llevados a cabo con un planteamiento analítico e inductivo. A estas dos tradiciones se remonta buena parte de los conceptos más elementales de la teoría del derecho, tales como «norma jurídica», «obligación», «sujeto de derecho», «personalidad jurídica», «capacidad», «derecho subjetivo», «sanción», «acto jurídico», «negocio jurídico» y otros similares.

No obstante, hasta el siglo que acaba de finalizar, y gracias sobre todo a la obra de Hans Kelsen, la teoría del derecho no asumió el carácter de disciplina autónoma y sistemática, dirigida a la identificación y el análisis de las estructuras formales de los ordenamientos jurídicos con independencia de los valores que los informan y de sus concretos y variables contenidos prescriptivos. El horizonte cultural en el que se inscribe es el del positivismo jurídico, como concepción tanto del derecho como de la ciencia jurídica. Sus presupuestos metateóricos han sido hasta el día de hoy las características estructurales del derecho positivo «moderno», tal y como se han venido configurando con el nacimiento

del estado de derecho liberal y, más tarde, con su refundación constitucional: el principio de legalidad como norma de reconocimiento y fuente de legitimación del derecho vigente, los límites y obligaciones de contenido impuestos por la constitución a la legislación misma, la jurisdicción como aplicación de la ley, el monopolio estatal y legal de la producción jurídica, la consiguiente forma estatal del derecho y la forma jurídica del Estado y, por otro lado, la representatividad política de las funciones legislativas y de gobierno, la separación de los poderes públicos, la igualdad, en fin, de los seres humanos en tanto que dotados todos de personalidad jurídica y titulares de derechos fundamentales.

Hoy en día, como veremos, estos presupuestos han cambiado en gran parte: por la ruptura del viejo nexo entre derecho y Estado, que ha resquebrajado la unidad e incrementado la incoherencia y la falta de plenitud de los sistemas y subsistemas jurídicos; por la expansión de los asuntos y materias en los que el derecho interviene o es llamado a intervenir, con razón o sin ella; por el desarrollo de nuevas desigualdades personales de tipo no sólo económico o social, sino también político, ligadas a las diferentes nacionalidades y ciudadanías; por la crisis simultánea de la razón jurídica y política y de la capacidad regulativa del derecho, frente al crecimiento de poderes salvajes extraestatales que escapan a su control y reivindican su carácter no sujeto a reglas. Sin embargo no ha desaparecido sino que ha aumentado la necesidad de un espacio autónomo para la teoría, como lugar de replanteamiento y redefinición de las categorías jurídicas, a la altura de las nuevas formas del poder y de las nuevas funciones del derecho.

La teoría que aquí se desarrolla es una teoría del derecho axiomatizada¹. *¿En qué se basa, cómo se justifica y cómo se construye* una teoría semejante, diferente de las disciplinas jurídicas particulares en la medida en que se dirige no al estudio de los contenidos normativos de un ordenamiento jurídico dado, sino únicamente al análisis de las formas y estructuras del derecho positivo? La Introducción intenta dar respuesta a estas tres preguntas, en las tres partes —la semántica, la pragmática y la sintáctica²— en que está dividida. Me ocuparé primero del objeto o campo de investigación de la teoría, esto es, de las relaciones entre sus tesis y los fenómenos investigados y de la especificidad de su enfoque respecto al de la dogmática jurídica, la sociología del derecho y la filosofía de la justicia; a continuación, de su dimensión pragmática, es decir, de las opciones que intervienen inevitablemente en su construcción y del papel normativo, además de explicativo, de los principios que formula; finalmente, de los procedimientos específicos de formación y de control de sus conceptos y enunciados requeridos por el método axiomático con el que será elaborada.

La primera cuestión, a la que se dedica la primera parte de esta Introducción, se refiere a la semántica de la teoría. En un sentido amplio y genérico la teoría del derecho, como cualquier otra teoría empírica, se configura como un conjunto orgánico de enunciados acerca de un de-

terminado «objeto» o «universo»³. No es por tanto una teoría filosófica, sino precisamente una teoría empírica, cuyos términos y tesis guardan una relación semántica con un conjunto de fenómenos y experiencias. El cometido de la (metateoría) semántica de la teoría del derecho es la identificación de ese conjunto de fenómenos y experiencias, esto es, del objeto que llamamos «derecho» y con respecto al cual pueden ser interpretadas y verificadas las tesis formuladas en la teoría.

Para tal fin desdoblaré la cuestión del «objeto» o «universo» de la teoría en dos subcuestiones, que se corresponden *grosso modo* con los dos significados de «significado» que se distinguen habitualmente en la teoría lógica. La primera subcuestión es la que cabe llamar la de la *extensión* de la teoría del derecho, es decir, la del campo de investigación denotado por ella. La segunda es la que cabe llamar la de la *intensión* de la teoría, esto es, la de su contenido informativo en virtud de las relaciones con la realidad establecidas por la interpretación semántica de sus conceptos y enunciados⁴.

La extensión de la teoría del derecho se identifica con la de los ámbitos de experiencia a los que puede ser aplicada y en los que sus tesis pueden encontrar respaldo. Para determinarla, no serviría de nada una definición metateórica de la palabra «derecho», es decir, del nombre del universo del discurso de la teoría *del* derecho, que no tendría mayor utilidad que las definiciones metateóricas de «física» o «economía» en tanto que nombres de las correspondientes ciencias⁵. Menos relevante aún, para los fines de la delimitación extensional de nuestro objeto o universo del discurso, es el atributo «general» que suele asociarse a la «teoría del derecho». Ésta es una expresión redundante, que alude al más amplio alcance empírico que obviamente posee la teoría del derecho, simplemente en tanto que *teoría*, respecto a las dogmáticas o disciplinas jurídicas particulares, relativas a sistemas de derecho positivo determinados y a ramas específicas de los mismos.

Al igual que ocurre —como veremos en los §§ 9-12— con la construcción de su lenguaje, también la determinación de la extensión (del universo «derecho» como objeto) de la teoría del derecho queda a expensas de la libre elección del teórico, dependiendo sus límites de los fines explicativos que persiga. Hay que añadir de inmediato que la extensión de los conceptos y enunciados de una teoría —es decir, de sus referencias empíricas— es, según un conocido principio lógico, inversamente proporcional a su intensión⁶. Cuanto mayor es su extensión tanto menor es su intensión, esto es, su capacidad para dar cuenta de los aspectos más complejos de los ordenamientos más evolucionados. Pero es claro que dicha capacidad —y por tanto la extensión global de la teoría en tanto que aparato conceptual adecuado para la explicación analítica *también* de los ordenamientos más complejos— aumenta con la introducción de conceptos dotados de una intensión cada vez mayor. Ciertamente, cuanto mayor sea la intensión global de la teoría, es decir, cuanto más apegada esté a esos ordenamientos, tanto menor será el alcance o la extensión

de *todos* sus conceptos y enunciados y por consiguiente su aplicabilidad a sistemas jurídicos carentes de las correspondientes referencias empíricas. Por ejemplo, las definiciones de algunos conceptos corrientes de las teorías del derecho contemporáneas —como «derechos fundamentales», «igualdad jurídica», «acto constituyente», «constitución», «vigencia», «validez formal», «validez sustancial», «garantías», «separación de poderes», etc.— sólo valen para el derecho positivo moderno o más específicamente para el derecho de las actuales democracias constitucionales. Y ello por el mero hecho de que en otros ordenamientos, como los premodernos, no existían, al menos en sus formas actuales, ni derechos fundamentales, ni constituciones formales, ni separación entre producción y aplicación del derecho, ni condiciones sustanciales de validez de las normas. Pero eso no priva de validez, también para ellos, a las teorías intensionalmente complejas, dotadas también, como es obvio, de conceptos más elementales —como «permiso», «obligación», «prohibición», «acto jurídico», «norma jurídica», «sujeto jurídico», etc.— que resultan suficientes para asegurarles el alcance necesario y la consiguiente capacidad explicativa.

Así se explica cómo la construcción de la teoría del derecho va desarrollándose, por decirlo de algún modo, a través de intensificaciones sucesivas: los primeros conceptos y enunciados que elabora son también habitualmente los más generales y elementales, válidos por lo tanto incluso para los ordenamientos más simples y primitivos; mientras que los más complejos, elaborados en las fases más avanzadas del discurso teórico, se refieren por lo general a los aspectos más específicos de la fenomenología jurídica, ligados a las particulares y más complejas experiencias que son objeto de la investigación. Por consiguiente no se puede determinar *a priori* el campo de observación del conjunto de la teoría del derecho que se está construyendo, esto es, en relación con cuántos y cuáles ordenamientos jurídicos puede ser interpretada, siendo dicho campo más o menos extenso para cada uno de los conceptos, enunciados y subteorías de la teoría en cuestión. Una teoría del permiso y de la obligación, por ejemplo, pudiendo valer para todos los ordenamientos jurídicos posibles, tiene un alcance empírico más amplio que una teoría de los derechos subjetivos, que histórica y espacialmente resulta bastante más circunscrita; y ésta, a su vez, tendrá un alcance más extenso que una teoría de los derechos fundamentales o sólo de los derechos sociales. Es claro que una teoría del derecho será preferible a otra cuanto mayores sean, en igualdad de condiciones, su capacidad explicativa de conjunto y su alcance empírico.

La teoría del derecho aquí elaborada pretende ser una teoría del derecho positivo moderno y, al mismo tiempo, de las formas jurídicas de la democracia. Su tercera parte está dedicada al «estado de derecho»: en primer lugar, al paradigma del «estado legislativo de derecho», basado en el principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho vigente; y después al paradigma del «estado constitucional de derecho»,

basado en la rígida subordinación de las leyes mismas a los principios constitucionales como normas de reconocimiento de su validez. Su cuarta parte se dedica finalmente a la explicación de las complejas formas y garantías de la «democracia constitucional», al análisis de su crisis actual como consecuencia del declive de los Estados nacionales y a la perspectiva de un nuevo modelo ampliado de estado de derecho de nivel supranacional. La primera parte de la teoría, dedicada a la deóntica, y una parte de la segunda tienen, no obstante, un alcance empírico bastante más extenso, pudiendo valer también para sistemas jurídicos premodernos y hasta para sistemas normativos de carácter no jurídico, respecto a los cuales los conceptos más específicos que se elaboran en las partes siguientes denotarán clases vacías y podrán por tanto ser ignorados. Añado que el campo de investigación más inmediato del conjunto de la teoría que aquí se desarrolla estará constituido por el derecho italiano actual, al menos en el sentido de que será al que con mayor frecuencia se refiera la observación, siquiera sea a título de ejemplo. Pero es claro que la teoría, al no contemplar ningún contenido normativo específico, sino sólo las estructuras formales del derecho moderno, resulta interpretable desde todos los ordenamientos que posean las mismas características estructurales.

La adopción del derecho moderno como objeto privilegiado de la teoría conlleva el análisis —que se desarrollará desde la segunda parte— de su «positividad», es decir, de una serie de principios estructurales que hacen de él, en sus diferentes ramas, una formación histórico-institucional radicalmente distinta de cualquier otra del pasado. El derecho penal, informado por categorías de matriz ilustrada como la estricta legalidad, la culpabilidad, la materialidad de la acción, el principio de lesividad y la responsabilidad personal, es una construcción moderna. Lo es igualmente el derecho procesal penal pues la formalización del proceso penal sobre la base de las garantías legales de la publicidad, el principio de contradicción, la oralidad, la presunción de inocencia, la carga de la prueba por parte de la acusación, la condición de tercero del juez y los derechos de defensa se remonta a hace no más de dos siglos. Lo es más aún el derecho público, constitucional y administrativo, que nace a la vez que esa formación específica que es el estado representativo de derecho, basada en la soberanía popular, la igualdad política de los ciudadanos, los derechos fundamentales y la separación de poderes. Y lo es incluso el derecho civil codificado, que aun reproduciendo en buena medida categorías y principios de origen romanista se basa sin embargo en la equiparación jurídica de todos los seres humanos en tanto que sujetos igualmente dotados de personalidad, capacidad jurídica y de obrar, libertades y derechos civiles y, al menos en línea de principio, en la subordinación a la ley de los poderes privados de autonomía.

Por otro lado, como se verá en el último capítulo de la cuarta parte, a causa de los procesos de globalización e integración supraestatal, están hoy en crisis el universo empírico y el horizonte teórico en los que se

ha desarrollado la modernidad jurídica en todos los subsistemas enumerados: la primacía de la ley y el monopolio estatal de la producción legislativa, la unidad interna de los ordenamientos, la concentración y la estructura jerárquica de las fuentes, la sujeción al derecho de todas las funciones públicas, la abstracción y generalidad de las normas, la garantía brindada a los derechos fundamentales por los actuales ordenamientos constitucionales. Es claro que una teoría del derecho contemporáneo no puede dejar de dar cuenta de esta crisis y de las alternativas que ella misma propone: por un lado, el deterioro del estado de derecho y de la democracia, modelados uno y otra sobre el Estado nacional hoy en crisis irreversible, así como la regresión al particularismo y a la confusión y superposición de fuentes y ordenamientos que fueron propios del derecho premoderno; por otro, la posible construcción de una esfera pública y un constitucionalismo más allá del Estado, capaces de ofrecer una dimensión ya no sólo estatal, sino supraestatal, a la organización democrática y a la disciplina de los nuevos poderes, en garantía de la paz y de los derechos fundamentales.

2. *La intensión de la teoría. Dos referencias empíricas: las normas y los hechos*

Si la extensión de la teoría del derecho se identifica con los ámbitos de experiencia a los que es aplicable, su intensión consiste en su concreto contenido informativo, esto es, en su referencia semántica a los fenómenos empíricos sobre cuya base es interpretable. Por lo tanto será posible configurar la *teoría del derecho*, dentro de un modelo integrado de *ciencia jurídica*, como un sistema de conceptos y enunciados teóricos interpretable, según cuáles sean los fenómenos asumidos como referentes empíricos, desde dos tipos de discurso —la *dogmática jurídica* y la *sociología del derecho*— distintos entre sí y sin embargo conectados como las dos caras de una moneda. Además será posible asociar también una interpretación axiológica a gran parte de los conceptos y construcciones teóricas: la expresada por la valoración y la propuesta de configuración del derecho llevadas a cabo por la *filosofía de la justicia*.

La cuestión de la naturaleza de los fenómenos o referentes empíricos que interesan al conocimiento jurídico admite, según el punto de vista que se asuma, dos respuestas diferentes. La primera respuesta es que tales fenómenos son las *normas jurídicas* que regulan los comportamientos humanos. Estos fenómenos tienen una naturaleza particular. Consisten en documentos normativos que, en los ordenamientos positivos modernos, se configuran en su conjunto como un complejo y articulado universo lingüístico: el discurso del legislador, expresado en un lenguaje legal más o menos tecnificado.

La segunda respuesta es que tales fenómenos son en cambio los *comportamientos humanos* regulados por las normas jurídicas, empe-

zando por las mismas actividades y prácticas jurídicas en virtud de las cuales las normas son producidas o aplicadas. También estos fenómenos tienen una naturaleza particular. Consisten en actos dotados de sentido jurídico⁷, es decir, interpretables a la luz de normas jurídicas como observancia o inobservancia de éstas. Precisamente, como veremos desde las primeras tesis de la teoría, es en esta doble posibilidad —la de su observancia o inobservancia— en lo que consiste una condición esencial de sentido de todas las figuras deónticas y por tanto también de las normas jurídicas.

Estas dos diferentes concepciones (de los fenómenos en los que está interesado el conocimiento) del derecho expresan —como escribió Hans Kelsen en 1915, en su célebre polémica con Eugen Ehrlich— la alternativa epistemológica fundamental, «en lo que se refiere a objeto y método», que se plantea a cualquier (meta)teoría de la teoría y, en general, de la ciencia jurídica⁸. La primera concepción es la que caracteriza a la teoría del derecho como teoría *normativista* y a la ciencia jurídica como ciencia normativa, además de descriptiva (de las normas jurídicas). La segunda concepción es la que caracteriza a la teoría del derecho como teoría *realista* y a la ciencia del derecho como ciencia sociológica puramente descriptiva (de los comportamientos jurídicos). Los universos del discurso correspondientes a estos dos diversos enfoques son, como es obvio, profundamente distintos y se configuran como dos diferentes modelos semánticos o de interpretación empírica de la teoría. El primer modelo es el representado por la *dogmática jurídica*⁹, que tiene como campo de investigación inmediato las normas vigentes dictadas por el legislador, de cuyo sentido y condiciones jurídicas de validez se ocupa, y sólo de manera mediata los comportamientos humanos de los que hablan las normas. El segundo es por el contrario el representado por la *sociología del derecho*¹⁰, que tiene como campo de investigación inmediato los comportamientos humanos, con respecto a los cuales constata las condiciones sociales y el grado de efectividad de las normas que se refieren a ellos. Usando una conocida distinción propuesta por Herbert L. A. Hart, podemos decir que el primer modelo contempla el derecho desde el «punto de vista interno» y el segundo desde el «punto de vista externo»¹¹. O diremos de un modo más sencillo, retornando a la distinción trazada por Max Weber, que el primero considera el derecho como *norma* y el segundo como *hecho*¹²; o que uno contempla el derecho vigente (*law in books*) y el otro el derecho vivo (*law in action*)¹³.

Es claro que a estos dos distintos modelos semánticos y a sus respectivos puntos de vista o universos del discurso les corresponden formas de observación y métodos de investigación y de control empírico también diferentes. El universo del discurso de la dogmática jurídica (y de las teorías del derecho de corte normativista), al consistir en un universo a su vez lingüístico, requiere como método de investigación específico el *análisis del lenguaje legal*, es decir, la lectura e interpretación jurídica¹⁴ de esos datos empíricos que son los enunciados normativos de los

que se compone el discurso del legislador. A la inversa, el universo del discurso de la sociología jurídica (y de las teorías del derecho de corte realista), al consistir en un universo en gran medida extralingüístico, requiere fundamentalmente como métodos de trabajo los instrumentos de la *investigación sociológica*, esto es, la indagación, la descripción y la explicación de los hechos y los comportamientos jurídicos. Aun profundamente diferentes en razón de la diversidad de su objeto, ambas formas de investigación tienen naturaleza empírica. Las normas positivas tienen en efecto para el jurista dogmático el valor de «dogmas» (de ahí el término «dogmática»), esto es, el mismo valor de referencia semántica y empírica que tienen los comportamientos para el sociólogo del derecho: representan, por así decirlo, la específica «realidad», los específicos fenómenos de los que se ocupa.

Son por consiguiente distintos los referentes y las condiciones de uso del término «verdadero» relativos a las proposiciones jurídicas de la dogmática y a las fácticas de la sociología del derecho: la llamada «verdad jurídica» de las primeras se basa en lo que dicen las normas; la llamada «verdad fáctica» de las segundas se basa por el contrario en lo que de hecho sucede¹⁵. El significado del «normativismo» y el del «realismo», más que en la centralidad teórica asignada respectivamente a las normas o a las prácticas jurídicas, residen en esta asunción metateórica de las unas o de las otras como referente semántico de los dos tipos de discurso, dogmático y sociológico, acerca del derecho: la asunción normativista se expresa con las palabras metalingüísticas «una norma *n* establece que» (o «con arreglo a la norma *n*» vale que), independientemente de lo que suceda de hecho; la realista es expresada en cambio por las palabras, igualmente metalingüísticas, «sucede (en el lugar *l* y en el tiempo *t*) que», independientemente de lo que digan las normas.

Es evidente, por la diferencia que existe potencialmente entre las normas y los comportamientos regulados por ellas¹⁶, que las tesis dogmáticas y las sociológicas son siempre potencialmente divergentes. Si en el plano dogmático podemos afirmar que «(con arreglo al art. 624 del Código Penal italiano) todos los hurtos se castigan con prisión de hasta tres años», en el plano sociológico debemos afirmar por el contrario que a causa de la indefectible cifra negra de la delincuencia «(sucede que) *no* todos los hurtos (sino sólo una parte de ellos) se castigan con prisión de hasta tres años». Obviamente las dos tesis opuestas, aun siendo ambas verdaderas, no son contradictorias, puesto que hablan de cosas diferentes: una del «deber ser» normativo de la punición del hurto, la otra de su «ser» o «no ser» efectivo. Por otra parte, además de compatibles son independientes entre sí. Las tesis jurídicas de la dogmática no son refutables fácticamente, puesto que son independientes de lo que sucede de hecho, sino sólo jurídicamente, es decir, sobre la base de una interpretación diferente de las normas a las que se refieren o de otras normas en conflicto con las primeras. Y al contrario, las tesis fácticas de la sociología no son refutables jurídicamente, puesto que son independientes de

lo que digan las normas, sino sólo fácticamente, esto es, sobre la base de investigaciones empíricas ulteriores que pongan de manifiesto nuevos hechos que no se correspondan con ellas.

Esta duplicidad de puntos de vista y de las consiguientes interpretaciones empíricas constituye el rasgo específico de la semántica de la teoría del derecho respecto a la de cualquier otra teoría. Deriva de la particular naturaleza y complejidad del universo de la ciencia jurídica, que puede ser observado desde dentro como universo lingüístico-normativo o desde fuera como universo puramente fáctico. Está claro que en ordenamientos elementales, dotados de un único nivel normativo, la divergencia entre el punto de vista normativista y el punto de vista realista no produce ningún problema, dado que normas y hechos pertenecen unívocamente a universos diferentes. En lo que se refiere a ellos, la relación entre dogmática jurídica y sociología del derecho, entre análisis o interpretación del lenguaje legal y observación sociológica, puede resolverse por tanto mediante la rígida *actio finium regundorum* sugerida por Kelsen: los dos enfoques y los discursos correspondientes quedan totalmente separados, como disciplinas distintas e independientes entre sí, siendo distintos y alternativos los respectivos universos y modelos semánticos.

3. *Dos niveles normativos en el paradigma constitucional.* *El derecho ilegítimo*

Por el contrario esta rígida separación genera aporías —y amenaza con mutilar el contenido informativo de la ciencia jurídica— si se aplica a ordenamientos complejos, articulados en varios niveles de legalidad, como son los de los actuales estados constitucionales de derecho dotados de constituciones rígidas. En estos ordenamientos, en efecto, todos los fenómenos normativos pueden ser contemplados a la vez como *hechos* (o *actos*) y como *normas*. Concretamente, las *normas* pertenecientes a los niveles normativos inferiores también se nos muestran como *actos* (en tanto que tales potencialmente divergentes) respecto a las normas de nivel superior que regulan su producción. A la inversa, los *actos* normativos pertenecientes a niveles normativos superiores también se nos muestran como *normas* (en tanto que tales potencialmente divergentes) respecto a los actos normativos inferiores cuya producción regulan. Así, puede ocurrir que en el mismo discurso de la ciencia jurídica se puedan afirmar acerca de un mismo fenómeno, según que se contemple desde el punto de vista de las normas de nivel superior o de las de nivel inferior, dos tesis opuestas, aun referidas ambas al discurso del legislador: por ejemplo, que en un ordenamiento todas las manifestaciones del pensamiento están permitidas por una norma constitucional y, al mismo tiempo, que no todas lo están, puesto que algunas se prohíben en el código penal como delitos de opinión; o que en virtud de otra norma

constitucional todos los derechos subjetivos son accionables en juicio y, a la vez, que no todos lo son, puesto que en relación con algunos de ellos, como por ejemplo el derecho al trabajo o el derecho de subsistencia, no se han dictado las normas relativas a su justiciabilidad. En el primer caso el jurista pone de manifiesto una *antinomía*, es decir, una contradicción entre normas; en el segundo pone de manifiesto una *laguna*, esto es, la falta de una norma. Pero es claro que no se limita a enunciar la presencia de una antinomia o de una laguna en el objeto de su discurso —que es a su vez un discurso—, sino que asume una y otra como problemas que demandan una solución que no reproduzca la contradicción o la falta de plenitud en su propio discurso.

Pues bien, esta solución es ciertamente factible, como ya he apuntado, cuando el ordenamiento objeto de investigación esté dotado, como sucede en el que llamaré *estado legislativo de derecho*, de un único nivel normativo. En este caso, en el que podemos llamar el modelo paleo-iuspositivista del derecho, no existen en sentido estricto lagunas legislativas, al no poder la ley ordinaria imponer nada al legislador ordinario. Y todas las posibles antinomias presentes en el discurso del legislador se resuelven inmediatamente por el intérprete sobre la base de los dos clásicos criterios de la prevalencia de la norma posterior sobre la anterior y de la especial sobre la general¹⁷. Es cierto que también en el estado legislativo de derecho existen diferencias de nivel, como las que median entre ley y jurisdicción, entre ley y administración, entre ley y contratación. Pero en estos casos no se plantean problemas de lagunas o de antinomias ni de divergencias entre niveles normativos: ya sea porque sentencias, resoluciones administrativas y negocios jurídicos, al no consistir comúnmente en normas generales y abstractas, sino en preceptos singulares, no están destinados a ser «aplicados» por ulteriores actos reglados, sino sólo a ser ejecutados o cumplidos, y por consiguiente no entran a formar parte, y menos aún si se consideran inválidos, del universo normativo que constituye el objeto empírico de la ciencia jurídica; o bien porque, cuando sean tomados en consideración por el jurista, lo serán precisamente como «violaciones» de la ley destinadas a la anulación, sin poder servir de fundamento a proposiciones dogmáticas en contradicción con las basadas en la ley misma.

Por el contrario, en ordenamientos en los que la legalidad se articula en varios niveles normativos, como ocurre en los dotados de constitución rígida y control concentrado de constitucionalidad según el modelo del *estado constitucional de derecho*, la solución del conflicto entre normas de distinto nivel no puede ser alcanzada directamente por el intérprete, sino que requiere la intervención de autoridades competentes para anular en el caso de antinomia, y para introducir en el caso de laguna, la norma de nivel inferior. A diferencia de lo que sucede con el criterio cronológico y con el de especialidad, que son metanormas constitutivas y por tanto inviolables e inmediatamente operativas, el criterio jerárquico es en efecto una metanorma deóntica o regulativa¹⁸, con respecto

a la cual antinomias y lagunas se configuran como «vicios jurídicos», es decir, como violaciones de las normas de nivel superior por parte de los actos de nivel inferior. Es ésta una diferencia que suele ser ignorada por las teorías más comunes de las antinomias y las lagunas. No hablaremos ya de vicios o violaciones cuando nos refiramos a las antinomias entre normas dictadas en momentos distintos o entre normas generales y normas especiales, o a lagunas resueltas por medio de la analogía. A la inversa, las antinomias y las lagunas predicables respecto a normas de un grado supraordenado son *vicios* —por comisión de normas inválidas o por omisión de normas de ejecución— que generan la obligación por parte de la autoridad competente de repararlas mediante la remoción de la norma inferior indebidamente existente o de la introducción de la indebidamente inexistente¹⁹.

Es cierto que también la existencia de este tipo de antinomias y de lagunas puede reducirse en parte en sede interpretativa: atribuyendo a las normas de nivel inferior significados tan compatibles con las de nivel superior como sea posible y buscando en el ordenamiento, mediante el recurso a la analogía o a los principios generales, cualquier solución capaz de superar la falta de plenitud. Pero la interpretación encuentra límites insuperables. Muchísimas antinomias y lagunas, que llamaré «estructurales» en la medida en que están generadas por las diferencias de nivel entre ley y constitución, reflejan de hecho divergencias profundas, radicadas en la estructura del ordenamiento y en sus estratificaciones históricas, que no es posible negar ni tampoco ocultar o minimizar. Piénsese en la Constitución italiana, que se superpuso a la precedente codificación fascista, y en la convivencia que se ha seguido de ello, por ejemplo en materia penal, de los principios de estricta legalidad, de responsabilidad personal, de la presunción de inocencia, de contradicción y del derecho de defensa enunciados en ella con instituciones, todavía codificadas, como las medidas de seguridad, las figuras de responsabilidad objetiva, los poderes de instrucción de la policía, los largos plazos de prisión preventiva y, por otra parte, con la inexistencia de garantías adecuadas de la defensa²⁰. En estos casos el jurista no puede hacer que cuadren todas sus tesis —las referidas a las normas constitucionales y las referidas a las leyes ordinarias— si no es al precio de desconocer los principios de nivel superior, como tienden a hacer las orientaciones realistas, o por el contrario sus desmentidos de nivel inferior, como tienden a hacer las orientaciones normativistas.

Pero esto significa que respecto a los sistemas complejos, como son los actuales estados constitucionales de derecho, no basta un enfoque puramente normativista o uno puramente realista. Si se quieren evitar contradicciones y aporías, ambos enfoques corren el riesgo de ofrecernos una representación del derecho falaz por parcial: la descripción únicamente del derecho que (normativamente) debe ser, como en el enfoque normativista que ignora el derecho que es, o sea, su práctica efectiva; o la descripción únicamente del derecho que (efectivamente) es, como

en el enfoque realista que ignora el derecho que debe ser, es decir, su modelo normativo tal y como está diseñado por la constitución. De ello resultan dos imágenes opuestas del derecho, pero ambas parciales y distorsionadas, dado que la una pasa por alto los márgenes de ineffectividad de las normas de nivel superior y la otra los de ilegitimidad de las normas de nivel inferior.

Sólo con la integración de los dos enfoques es posible superar estas falacias. Para que la teoría del derecho pueda dar cuenta de manera consistente de las antinomias y de las lagunas expresadas por la divergencia que siempre existe potencialmente entre el «deber ser» constitucional del derecho y su «ser» legislativo, es preciso que dicha divergencia sea explicitada y considerada por la metateoría semántica del derecho como objeto privilegiado de la teoría; y que por ello mismo se reconozca en todo fenómeno normativo la doble naturaleza de «norma» vigente, si se contempla desde abajo, esto es, respecto a los fenómenos que regula, y de «hecho» normativo válido o inválido si se contempla desde arriba, en tanto que fenómeno él mismo regulado y por tanto conforme o disconforme (en cuanto a las formas en las que se expresa) y coherente o incoherente (en cuanto a los significados que expresa) respecto a las normas de nivel superior. Causas y efectos, actos normativos y normas, formas y contenidos, signos y significados serán por lo demás los términos de la dicotomía que atravesará, como veremos, toda la teoría.

En suma, la metateoría semántica obliga a la teoría del derecho a ocuparse de esta ambivalencia de los fenómenos normativos: a distinguir su existencia o vigencia tanto de su validez como de su efectividad y, por ello, a leer como validez o invalidez de las normas de nivel inferior la efectividad e ineffectividad de las normas de nivel superior, y la una y la otra como conformidad y disconformidad (en cuanto a la forma) o como coherencia e incoherencia (en cuanto al significado) de las primeras respecto a las segundas. La teoría así construida será por tanto al mismo tiempo normativista y realista, dado que en relación con tales fenómenos estará en condiciones de explicar tanto su naturaleza de normas como de hechos, no ya como universos distintos, sino como las dos caras de un mismo universo, cuya diferencia refleje precisamente su estructura deóntica o normativa. Esta diferencia entre deber ser y ser *en* el derecho, esto es, entre normatividad y facticidad dentro de su universo del discurso, es el asunto más interesante que el paradigma constitucional asigna a la ciencia jurídica; a la cual, como se verá en el § 6, le resulta así atribuida la misión de identificar las antinomias y las lagunas —en otras palabras, el *derecho ilegítimo* por inválido o lagunoso, no menos que el derecho válido— y de promover su superación como condición de consistencia tanto del derecho positivo como de los discursos acerca del mismo.

4. *Tres divergencias deónticas. La teoría del derecho como teoría formal y sus tres interpretaciones semánticas*

Hay por fin un tercer punto de vista desde el que cabe contemplar el derecho positivo y que corresponde a una tercera interpretación semántica, ya no empírica, sino valorativa, de la teoría del derecho: el punto de vista axiológico externo, desde el cual el derecho positivo en su conjunto, incluido su deber ser constitucional, es contemplado no sólo como norma o conjunto de normas, sino también como hecho o conjunto de hechos. Es el punto de vista de la filosofía de la justicia, ya sea política o moral, y en términos más generales el punto de vista de la política, que mira al derecho vigente y a las instituciones jurídicas de los distintos ordenamientos como un producto histórico, político y social a construir (o a demoler), a defender (o a criticar) y a conservar (o a transformar). Bajo este aspecto la relación entre tesis y discursos filosófico-políticos y derecho positivo es de nuevo una relación entre *deber ser* y *ser*: entre el «deber ser ético-político», formulado desde el punto de vista axiológico externo, y el «ser» del derecho en su conjunto, tal y como resulta descrito desde los dos niveles de observación de la dogmática y de la sociología jurídica.

Hemos identificado así, en tanto que rasgos distintivos de ese complejo universo que es el objeto de la teoría del derecho, tres características intensionales que corresponden a las tres divergencias o separaciones entre «deber ser» y «ser» del derecho expresadas e investigadas respectivamente por la filosofía política, la dogmática jurídica y la sociología del derecho²¹.

La primera divergencia es la que acaba de mostrarse entre el «deber ser externo» o ético-político (o *del* derecho) y el «ser» de los sistemas jurídicos en su conjunto. Equivale a la clásica separación entre derecho y moral, o entre *justicia* y *validez*, entre legitimación externa y legitimación interna. Se trata de una divergencia y de una separación generadas por el nacimiento del derecho moderno como derecho positivo, que tiene en el principio de legalidad, y ya no en la justicia intrínseca, su metanorma de reconocimiento. *Auctoritas, non veritas facit legem* es la formulación hobbesiana de esta metanorma: una norma jurídica existe y es válida no porque se la considere verdadera, o justa, o razonable, como se podía sostener en los ordenamientos premodernos de tipo jurisprudencial, sino porque ha sido puesta por la autoridad legitimada para su producción, cualesquiera que sean sus contenidos, en las formas previstas por otra norma del ordenamiento al que pertenece. En este sentido la separación entre derecho y moral, entre punto de vista jurídico y punto de vista axiológico, entre deber ser externo y ser interno del derecho, no es sino un corolario o, mejor aún, el significado mismo de «positivismo jurídico». Lo que no quiere decir, obviamente, que el derecho no incorpore valores o principios morales y no tenga en este sentido, según una fórmula a mi modo de ver equívoca pero que desde

hace algún tiempo se ha hecho habitual, alguna «relación conceptual necesaria» con la moral²²: lo cual sería absurdo, dado que todo sistema jurídico expresa al menos la moral (o las morales), cual(es)quiera que sea(n), de sus legisladores, o si se prefiere, como dice Robert Alexy, su «pretensión de corrección»²³. Significa simplemente: *a*) que la moralidad (o la justicia) predicable de una norma no implica su juridicidad (o su validez, o, en términos aún más genéricos, su pertenencia a un sistema jurídico); *b*) que la juridicidad (o validez, o pertenencia a un sistema jurídico) de una norma no implica su moralidad (o justicia)²⁴. De lo que se sigue la autonomía del punto de vista crítico externo, impedida en cambio por las dos confusiones de signo contrario entre derecho y moral presentes en gran parte del actual «neoconstitucionalismo»: la confusión del derecho con la moral llevada a cabo por las diferentes versiones del iusnaturalismo; y la confusión de la moral con el derecho que llevan a cabo las distintas versiones del legalismo ético y en particular la del constitucionalismo ético²⁵.

La segunda divergencia es aquella, más importante aún para la ciencia jurídica, que fue mostrada en el párrafo precedente. Ha sido el resultado de un segundo cambio en la norma de reconocimiento de la validez jurídica, producido por la estipulación en constituciones rígidas de límites y constricciones sustanciales a la producción legislativa, como son típicamente los derechos fundamentales. Si la primera divergencia producida por el iuspositivismo consistió en la disociación entre justicia y validez, esta segunda divergencia, producida por el iusconstitucionalismo, ha consistido en la disociación entre *validez* y *vigencia*, es decir, entre el «deber ser interno» (o *en* el derecho) y el «ser» de las normas legales: en virtud de la misma, una ley es válida no ya simplemente porque esté vigente, esto es, haya sido emanada en la forma que permite reconocer su pertenencia a un ordenamiento dado, sino sólo si además es coherente, en cuanto a los contenidos o significados, con las normas constitucionales de un grado supraordenado a ella. De aquí se sigue una mayor complejidad conceptual de la teoría, acorde con la mayor complejidad estructural de los estados constitucionales de derecho. A causa de esta divergencia ha hecho su aparición en el estado constitucional de derecho el «derecho jurídicamente inválido» o «ilegítimo»: expresión inconcebible, auténtica contradicción en los términos para el paradigma paleo-iuspositivista del estado legislativo de derecho, en el que validez y vigencia de las leyes coinciden a causa de la ausencia de normas de grado supraordenado a ellas. Se trata de una divergencia, añadido, que constituye el defecto jurídico potencial y estructural de cualquier ordenamiento constitucional, pero también, por los límites a los poderes públicos a los que va referida, su mayor mérito político. Y en ella se basa, como veremos, todo el edificio de las garantías, dirigido a asegurar el máximo de efectividad a los principios constitucionalmente establecidos.

Por último, la tercera divergencia es la obvia y trivial, ya mostrada en el § 2, entre *vigencia* y *efectividad*, o si se quiere entre derecho

y realidad, entre normas y hechos, entre el «deber ser jurídico» (o *de* derecho) y la concreta experiencia jurídica. Es la divergencia ligada al carácter no descriptivo, sino justamente normativo del derecho mismo en su relación con las conductas que regula, incluido el funcionamiento de hecho de las instituciones y de sus aparatos de poder. También ella puede ser considerada como el fruto de un cambio de las normas de reconocimiento del derecho: el derivado de la disociación entre vigencia y efectividad de las normas, producido con el paso del derecho puramente consuetudinario, en el que las dos categorías coincidían, al derecho escrito como conjunto de normas dirigidas no ya a reflejar sino a orientar y a modificar las prácticas sociales.

Llamaré *deónticas* a estas tres divergencias, pues las tres están ligadas al carácter deóntico o normativo de los discursos formulados en términos de «deber ser» —en sentido ético-político (o *del* derecho), constitucional (o *en* el derecho) y genéricamente jurídico (o *de* derecho)— respecto al «ser» de la concreta experiencia jurídica. Se trata de tres divergencias producidas todas con los procesos de positivación del derecho: en primer lugar de su «ser» legislativo, luego de su «deber ser» constitucional. En el derecho jurisprudencial premoderno, en efecto, no había espacio para ellas, o tenían en todo caso un espacio bastante más reducido: en él no era concebible, evidentemente, la divergencia entre validez y vigencia, que es un producto del constitucionalismo del siglo XX; pero tampoco lo eran tan siquiera, al menos con la nitidez generada por el asentamiento del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho existente, la divergencia entre justicia y validez, a causa del carácter directamente sustancial de los criterios de reconocimiento del derecho existente, ni la que media entre vigencia y efectividad, a causa del valor normativo mucho mayor que se otorgaba a las prácticas consuetudinarias y a los precedentes jurisprudenciales.

De estas tres divergencias derivan las distinciones ya mostradas entre tres tipos de discursos y de enfoques disciplinares, que tienen en común el mismo objeto y gran parte de su aparato conceptual teórico, pero que difieren no obstante en cuanto a los contenidos, al papel crítico en relación con la experiencia jurídica y a los métodos de formación de sus conceptos y enunciados específicos: a) el enfoque de la *filosofía política normativa*, crítico y proyectivo respecto al *ser del derecho* en su conjunto, sobre la base de los principios de *justicia* que diseñan su *deber ser externo* o *ético-político*; b) el enfoque de las *disciplinas jurídicas positivas*, que analizan las divergencias entre el *ser legislativo* del derecho y las condiciones de *validez* dictadas por su *deber ser interno* o *constitucional*; c) el enfoque de la *sociología del derecho*, que investiga la divergencia entre el *ser de hecho* del derecho y su grado de *efectividad* respecto a su *deber ser de derecho*²⁶.

No se trata de simples distinciones metateóricas entre enfoques disciplinares diferentes. Se trata de otros tantos corolarios de las tres divergencias deónticas mostradas entre el ser del derecho y su deber ser

identificables desde los distintos puntos de vista y niveles del discurso —filosófico-políticos, dogmático-interpretativos y sociológicos o historiográficos— desde los que puede ser contemplado el fenómeno jurídico. Bien puede suceder, naturalmente, que discursos sociológicos, discursos dogmáticos y discursos filosófico-políticos acerca del derecho se desarrollen simultáneamente, ofreciendo interpretaciones concurrentes de la teoría. Lo que importa es distinguirlos claramente entre sí. Sólo su clara diferenciación permite a los diferentes enfoques desde los que se generan ofrecer en cada caso un específico punto de vista crítico sobre los perfiles de *inefectividad*, de *invalidéz* y de *injusticia* del derecho, sin provocar los equívocos e incomprensiones, o peor aún, las falacias ideológicas —de las que hablaré en el § 8— que resultan de su confusión y superposición.

En un nivel de discurso y de lenguaje totalmente distinto se sitúa la *teoría del derecho*, que es una *teoría formal* que se limita al análisis de los conceptos teórico-jurídicos y de sus relaciones sintácticas²⁷. Sus tesis no nos dicen nada acerca de los contenidos contingentes del derecho, si no es sobre la base de alguna interpretación semántica de las mismas. Aun utilizados en todos los distintos enfoques disciplinares, son en realidad formales —y por ello mismo formalizables, como se verá más adelante— todos los conceptos elaborados por la teoría, como norma, obligación, prohibición, derechos fundamentales, validez, constitución, etc., cuyas definiciones teóricas nos dicen *qué son* las normas, las obligaciones, las prohibiciones, los derechos fundamentales, la validez y la efectividad, y no *cuáles son* en los diversos ordenamientos, ni *cuáles deben ser*, ni *cómo de hecho se realizan* (o no) *efectivamente* las normas, las obligaciones, los derechos fundamentales, las condiciones de validez, las leyes y las constituciones²⁸. Estas nociones son por tanto ideológicamente neutrales, esto es, independientes de cualesquiera sistemas de valores, ya sean internos o externos a los ordenamientos investigados. Pero es precisamente el carácter formal de la teoría lo que, con paradoja aparente, permite, dependiendo de los puntos de vista adoptados y de las respectivas investigaciones empíricas u opciones políticas, sus diversas interpretaciones semánticas, llevadas a cabo no sólo por las disciplinas jurídicas relativas a los distintos ordenamientos, sino también por la sociología del derecho y la filosofía de la justicia. La plausibilidad de la teoría en su conjunto (y de cada uno de sus conceptos y enunciados) depende precisamente de su capacidad explicativa de su objeto de investigación: es decir, de su idoneidad para ser justificada, y por ello adecuadamente interpretada, en el plano extensional, por las diferentes y cada vez más complejas experiencias deónticas y jurídicas y, en el plano intensional, por los distintos tipos de discursos empíricos —jurídicos, sociológicos y filosófico-políticos— acerca de su universo.

Concretamente, en el plano extensional la teoría extiende su alcance empírico a medida que se avanza en su desarrollo, con el que se incrementa su complejidad y se acentúa su intensión, sin que se reduzcan

—como ya se ha dicho en el § 1— el alcance empírico y la extensión de sus conceptos y enunciados más elementales. En este plano, la teoría que aquí se elabora es por consiguiente interpretable, en su primera parte, desde cualquier sistema deóntico o prescriptivo, incluidos los sistemas jurídicos más simples y primitivos. Es interpretable, en su segunda parte, desde cualquier ordenamiento de derecho positivo. Y es finalmente interpretable, en su tercera parte, desde el paradigma del estado de derecho y específicamente, en los capítulos XI y XII, del estado constitucional de derecho. En el paso de una parte a otra la teoría se hace más compleja, extendiendo su alcance empírico y explicativo respecto a ordenamientos complejos como las democracias constitucionales, sin perder por ello su capacidad explicativa respecto a los sistemas más elementales en tanto que carentes de estructura escalonada o incluso de normas jurídicas de reconocimiento.

En el plano intensional, por el contrario, la teoría es susceptible de una interpretación semántica de tipo realista, esto es, desde el punto de vista descriptivo externo de la *efectividad*, llevada a cabo por la sociología del derecho; de una interpretación semántica de tipo normativista, es decir, desde el punto de vista jurídico interno de la *validez*, llevada a cabo por la dogmática jurídica; y finalmente de una interpretación semántica de tipo axiológico, o sea, desde el punto de vista prescriptivo externo de la *justicia*, llevada a cabo por la filosofía política. Esta tercera interpretación será desarrollada en la cuarta parte de este libro, en la que por lo tanto tendrá lugar, como explicaré mejor en el § 6, un cambio de estatuto de la teoría. La teoría de la democracia constitucional, en efecto, aun sirviéndose de muchos de los conceptos de la teoría del derecho, no es en modo alguno una teoría formal, ni es por ello mismo formalizable mediante el empleo de un lenguaje simbólico. Es una interpretación de tipo axiológico del paradigma constitucional formal elaborado por la teoría del derecho, de igual modo que son interpretaciones del mismo de tipo normativista y de tipo realista las ofrecidas por la dogmática y la sociología jurídica. Al elaborar gran parte de los conceptos teóricos utilizados por estas disciplinas, la teoría muestra por otra parte una relevancia pragmática decisiva en lo que concierne a la justificación de muchas de las tesis no sólo jurídicas, sino también axiológicas y sociológicas, que hacen uso de tales conceptos. Es esta dimensión pragmática la que ahora se hace preciso mostrar y analizar.

II. LA PRAGMÁTICA

5. *La finalidad explicativa y reconstructiva de la teoría del derecho.*
 - A) *El carácter convencional del lenguaje teórico*

Según la concepción predominante, la ciencia jurídica y más aún la teoría del derecho son discursos puramente descriptivos y avalorativos. Se

trata de una concepción que es fruto de diversas tradiciones, fuertemente enraizadas aún en la cultura filosófico-jurídica, sobre todo en la de orientación analítica: el principio weberiano del carácter no valorativo de las ciencias sociales, la idea kelseniana de pureza —en particular, de la teoría del derecho—, la epistemología del primer neopositivismo lógico y su descalificación de los juicios de valor como carentes de sentido y, finalmente, el método técnico-jurídico y el modelo apolítico de jurista transmitido por la pandectística alemana y consolidado entre finales del siglo XIX y comienzos del XX en todas las ramas de la ciencia del derecho. De ello resulta una metajurisprudencia normativa bastante alejada de las características y el papel efectivos de la ciencia jurídica tal y como los pondría de manifiesto una metajurisprudencia descriptiva²⁹. Porque de hecho la ciencia jurídica no ha sido nunca puramente descriptiva y avalorativa. Sobre todo, como mostraré en el próximo párrafo, en las actuales democracias constitucionales ni siquiera podría serlo, a causa del específico estatuto normativo que les confiere la estructura de su propio objeto; y ello hasta el punto de que la negación de su ineliminable dimensión normativa desemboca de hecho, en paradójico contraste con las estimables razones deontológicas que la motivan —la neutralidad científica, la defensa del positivismo jurídico y el valor metacientífico, además de político, de la separación entre derecho y moral—, en su enmascaramiento ideológico.

Esta dimensión pragmática y valorativa es del todo evidente y comúnmente reconocida en lo que concierne a la dogmática jurídica, desarrollada —como explicaremos mejor más adelante— sobre la base de esa específica actividad cognoscitiva que es la interpretación, esto es, el análisis del lenguaje de las leyes positivamente existentes en un ordenamiento dado. Como mostró el propio Kelsen, esta actividad conlleva siempre, a causa de los márgenes de indeterminación e imprecisión del lenguaje legal, espacios de discrecionalidad interpretativa llamados a ser colmados por opciones y juicios de valor que le confieren una inevitable dimensión prescriptiva³⁰. Pero también en la teoría del derecho es inevitable una dimensión prescriptiva, ligada a su finalidad explicativa. Y lo es bajo dos aspectos: el primero, del que hablaré en este párrafo y con mayor amplitud en los §§ 9 y 10, es el carácter convencional o estipulativo de los conceptos y las tesis primitivas elaborados por la teoría del derecho. El segundo, al que me referiré en el próximo párrafo, es la inevitable presencia en los actuales sistemas complejos de derecho positivo, articulados en varios niveles normativos, de antinomias y lagunas estructurales no resolubles directamente por el intérprete y que no obstante la lógica del discurso teórico exige resolver.

El primer aspecto de la dimensión pragmática de la teoría es con seguridad el más sencillo. A diferencia de lo que ocurre con los conceptos y enunciados de la dogmática, vinculados al léxico y al discurso legales, los conceptos y postulados de la teoría son fruto de definiciones «estipulativas» o «asunciones», es decir, de decisiones justificadas no por los

usos lingüísticos del legislador, sino por las estrategias explicativas seguidas por el propio teórico. Como se verá en los §§ 9-12, esta naturaleza convencional y por lo tanto normativa de las tesis primitivas se hace totalmente explícita y transparente gracias al empleo del método axiomático, en virtud del cual en el desarrollo de la teoría postulados y definiciones resultan claramente distinguidos, en tanto que libres asunciones, del resto de tesis que se deducen de ellos como teoremas. Es claro que la teoría es tan avalorativa y lógicamente verdadera en la derivación de los teoremas como fruto de opciones en lo que concierne a la formulación de sus premisas. Pero evidentemente esto vale para cualquier teoría, incluida la teoría «pura» de Hans Kelsen, justamente en razón del carácter convencional y artificial del lenguaje teórico, con independencia de su formalización.

Las opciones que gobiernan la construcción de dicho lenguaje y, en particular, las definiciones de los conceptos que en él se expresan, son de naturaleza diversa. En la mayor parte de los casos se trata de opciones de carácter teórico, justificadas por mostrar en el desarrollo mismo de la teoría mayor capacidad explicativa que otras posibles opciones alternativas. En estos casos, se trata por lo general de redefiniciones de términos del lenguaje teórico-jurídico corriente: piénsese, por ejemplo, en la asunción como término primitivo de ‘causa’, que es una expresión del lenguaje civilista cuya extensión se ampliará aquí del campo de los negocios jurídicos al de todos los actos relevantes en tanto que productores de efectos jurídicos; o en la redefinición del término ‘imputación’ (D3.3), tomado de los usos de los penalistas y extendido aquí a todas las relaciones de un sujeto con cualquier tipo de comportamiento, de figura deóntica, o de situación jurídica que se le atribuya como autor o titular; o en la redefinición del término ‘forma’ (D9.1), extendido a su vez, como requisito de su existencia o validez, a todos los actos jurídicos lingüísticos que llamaré ‘formales’. En otros casos se trata de redefiniciones de términos del lenguaje teórico-político: como ‘poder’ (D10.1) ‘libertad’ (D11.15), ‘autonomía’ (D11.14), ‘igualdad’ (D11.35) ‘esfera pública’ (D11.36), ‘representación política’ (D12.4) o ‘separación de poderes’ (D12.8), que tienen a sus espaldas una larga y compleja tradición filosófica. Otras veces se trata de conceptos nuevos o al menos extraños al léxico jurídico corriente, cuya introducción ha parecido necesaria en atención a los fines explicativos de la teoría: como, por ejemplo, ‘expectativa’ (término primitivo), ‘actuación’ (D2.7), ‘norma tética’ (D8.3), ‘norma hipotética’ (D8.4), ‘acto formal’ (D9.2), ‘acto informal’ (D9.3), ‘conformidad’ (D9.14), ‘coherencia’ (D9.15), ‘garantía primaria’ (D10.39) y ‘garantía secundaria’ (D10.40). Y en otras ocasiones se trata de opciones guiadas por razones de carácter extrínseco y, por así decirlo, estético, como la mayor simplicidad o el carácter incisivo de los conceptos definidos basándose en ellas, o su mayor proximidad —que en igualdad de condiciones resulta decisiva— a los usos lingüísticos consolidados: pensemos, por ejemplo, en la definición que propondré de

‘acto jurídico’ (D5.2) como cualquier comportamiento que produzca efectos jurídicos, o en otras más cercanas a los usos corrientes como las de ‘sujeto jurídico’ (D7.4), como cualquier sujeto que sea centro de imputación de actos o situaciones, o ‘capacidad de obrar’ (D7.9), como idoneidad de un sujeto para ser autor de actos jurídicos.

En algunas ocasiones, no obstante, se trata de opciones a las que no son extrañas otras de carácter ético-político, dictadas por los específicos fines reconstructivos perseguidos por el teórico a la vista de las implicaciones prácticas que sugieren. Pongo dos ejemplos, esclarecedores ambos de la dimensión pragmática de los conceptos y de las construcciones teóricas. El primero se refiere al concepto de ‘ilícito’. La definición que propondré del mismo en el § 9.4 como ‘acto informal *prohibido*’ (D9.4) no es por cierto más «verdadera» que la definición kelseniana de ‘ilícito’ como cualquier acto al que el ordenamiento conecta una *sanción*. Pero son muy diferentes las implicaciones que una y otra definición generan en el plano teórico, así como los efectos que consienten o sugieren en el plano práctico. Con arreglo a la definición kelseniana, un comportamiento prohibido para el que no estén previstas sanciones no es un acto ilícito: la guerra no defensiva, por ejemplo, aun prohibida por el derecho internacional y por muchas constituciones estatales, al no estar sancionada ni por aquél ni por éstas no puede configurarse como ilícita e incluso en algunos casos es concebida en sí misma por el propio Kelsen como una sanción³¹. Por el contrario, con arreglo a la definición de ilícito como acto prohibido que aquí se propone, también la guerra puede calificarse como ilícito, mientras que la ausencia de sanciones queda configurada como una laguna de garantías que exige ser colmada. El segundo ejemplo se refiere a los ‘derechos fundamentales’ y a su llamado ‘universalismo’. También la definición que aquí se propondrá de tales derechos como aquellos intereses y expectativas *conferidos universalmente* a todos en tanto que personas o ciudadanos y/o capaces de obrar (D11.1) no es más verdadera que la más habitual, que los identifica con aquellos derechos, generalmente establecidos en las constituciones, que reflejan valores *universalmente compartidos*. La diferencia reside en que la primera es una definición formal, idónea para explicar la estructura lógica de los derechos fundamentales como parámetros de la igualdad jurídica, con independencia de sus contenidos y del valor asociado a ellos. La segunda, en cambio, si se entiende que de hecho *no existen* valores universalmente compartidos, será una definición que designa una clase vacía y que, por consiguiente, carece de toda capacidad explicativa; y, en caso contrario, desembocará en una definición que sugiere tesis ético-cognoscitivistas y antiliberales, basadas en la idea de que son universales —en el sentido de que *deben ser* universalmente aceptados y compartidos puesto que son objetivamente justos— los valores expresados por los derechos que se afirman en las constituciones de los países occidentales. Y podría desarrollarse un discurso análogo en relación con otros muchos conceptos, como ‘norma’, ‘validez’, ‘vigencia’, ‘competen-

cia', 'responsabilidad', 'esfera pública', 'laguna', 'antinomía', 'separación de poderes', 'constitución', etcétera.

Es claro, en todos los casos, que las definiciones y asunciones basadas en esta clase de opciones, por más que estén argumentadas y puestas a prueba, no son en modo alguno tesis asertivas, calificables como «verdaderas» o «falsas», ni siquiera en el sentido relativo en que lo son las tesis dogmáticas, referido a los contenidos normativos contingentes dictados por el legislador. Son por el contrario tesis estipulativas, en las que siempre están sobreentendidos segmentos normativos del tipo «se decide (o se propone) asumir el siguiente postulado» o «asociar a tal término tal o cual significado»: por ejemplo, «entender 'derecho subjetivo' en el sentido de (o como equivalente a) 'expectativa de prestación o de no lesión'» (D10.20). Naturalmente, los diferentes criterios pragmáticos de opción —y en primer lugar el de la máxima fecundidad explicativa— hacen que la formulación de los postulados y las definiciones sólo en principio sea arbitraria. De hecho, las opciones llevadas a cabo a partir de aquellos resultan en buena medida obligadas. Y más aún, como veremos, cuanto más se avanza en el desarrollo de la teoría y más va creciendo, con su alcance empírico y explicativo, la red de conceptos y enunciados a los que están directa o indirectamente vinculadas.

Se podría repetir un discurso en parte análogo al desarrollado en relación con los términos teóricos por cuanto se refiere a las tesis teóricas, que reformulan principios tomados de la teoría y la filosofía políticas e introducidos explícita o implícitamente, como principios de derecho, en normas del derecho positivo. Piénsese en el principio de igualdad, en los derechos de libertad, o en los derechos sociales, formulados habitualmente —como el *habeas corpus*, o los derechos a la salud y a la educación— por normas constitucionales explícitas; o en principios implícitos en la estructura del estado de derecho, como el principio de legalidad, que resulta de nuestros cuatro postulados del positivismo jurídico (P10, P11, P12 y P13), el principio de la paz y del monopolio jurídico de la fuerza (P16), o los principios de separación de poderes (D12.8) y de representación política (D12.4). Se trata, en todos estos casos, de *principia iuris et in iure*, pertenecientes y, por lo tanto, *internos* al derecho positivo que es objeto ya sea de la teoría o de la dogmática. Eso no quita que, en sede teórica, hayan de ser reformulados, con independencia del análisis dogmático de sus formulaciones legislativas, como elementos o connotaciones normativas de los modelos teóricos que tienen tras de sí: por ejemplo, el principio de contradicción en el proceso es un principio teórico que, en el marco de una teoría de las garantías procesales, ha de ser formulado con independencia de cuál sea su disciplina contingente e incluso de su presencia o ausencia en los ordenamientos tomados como su referencia empírica³².

Es evidente que estos principios son normativos, como lo es el modelo de derecho al que pertenecen. Sin embargo, lo analizado y definido por la teoría es la estructura formal del modelo, mediante cuya

explicación, por otra parte, contribuye no sólo a la descripción sino también a la reconstrucción de su objeto. Así, por ejemplo, la teoría formula el concepto de ‘validez’, identificando sus condiciones formales y sustanciales requeridas por el paradigma constitucional: por un lado, la conformidad de los actos normativos con las que llamaré ‘normas formales’, por otro, la coherencia de sus significados con las que llamaré ‘normas sustantivas’ acerca de su producción. O reformula el principio de estricta legalidad penal, definiendo las condiciones para su satisfacción —y entre todas ellas, en primer lugar, la taxatividad de los tipos penales— y caracterizándolo como una regla semántica dirigida al legislador acerca de la formación del lenguaje legal. Y formula los conceptos de ‘derechos fundamentales’, ‘derechos patrimoniales’, ‘garantías primarias’ y ‘secundarias’ y ‘separación de poderes’, enunciando sus características estructurales y por tanto las condiciones requeridas para su tutela o satisfacción. Algunos de estos principios han sido inventados sin más por la ciencia jurídica. Piénsese, por ejemplo, en el principio de la «rigidez» de las constituciones, basado en la tesis obvia de que una constitución totalmente flexible, es decir, modificable mediante los mismos procedimientos previstos para las leyes ordinarias, es en realidad una ley ordinaria, con independencia de cómo la llamemos. De hecho, durante mucho tiempo las constituciones se consideraron flexibles, en ausencia de garantías institucionales explícitas como el procedimiento especial de revisión y el control de constitucionalidad de las leyes, justamente porque lo eran en el imaginario de los juristas, que ni siquiera concebían la posibilidad de una ley que vinculase a la ley. Pero ese imaginario cambió gracias también a la teoría: piénsese, en particular, en la teoría kelseniana de la estructura escalonada del ordenamiento, que, a pesar de la identificación de la «validez» de las normas con su «existencia» por parte de Kelsen, ha contribuido como ninguna otra a promover la introducción, en las democracias posteriores a la segunda guerra mundial, tanto del juicio de constitucionalidad de las leyes existentes pero inválidas, como de los procedimientos agravados para la revisión de la constitución.

6. B) ‘Principia iuris tantum’ y ‘principia iuris et in iure’.

El derecho positivo entre «deber ser» y «ser» jurídico

La segunda y aún más importante dimensión pragmática de la teoría del derecho es la que surge de las tres divergencias deónticas puestas de manifiesto por los diferentes puntos de vista desde los que, como ya se ha dicho, puede ser interpretada. Estas tres divergencias demandan otros tantos tipos de juicio y de valoración crítica acerca del derecho y la práctica jurídica: los juicios y valoraciones acerca del derecho positivo a cargo de la *filosofía política normativa*, desde el punto de vista axiológico externo de la *justicia*; el análisis y valoración de las leyes vigentes a cargo de las *disciplinas jurídicas positivas*, desde el punto de

vista interno de la *validez*; las investigaciones y la valoración acerca de la práctica jurídica a cargo de la *sociología del derecho*, desde el punto de vista externo de la *efectividad*.

De esas divergencias, la más importante para la ciencia jurídica es indudablemente la segunda, la que se da entre validez y vigencia, ligada a la doble dimensión ya mencionada de «norma» (regulativa de comportamientos) y de «hecho» (a su vez regulado por normas) que asume la legalidad en el estado constitucional de derecho. Es en esta divergencia entre los niveles normativos de grado superior y los de grado inferior —configurables como fácticos frente a los primeros— donde reside el rasgo distintivo del paradigma constitucional, caracterizado precisamente por la sujeción a la ley de la propia ley, no sólo en cuanto a las formas de los actos que la producen, sino también en cuanto a los contenidos normativos producidos por ellos. Esta sujeción ha tenido lugar a través de la incorporación, en constituciones rígidas, de principios ético-políticos —como las formas representativas del poder político, la separación de poderes, el principio de igualdad y los diversos derechos fundamentales— transformados de ese modo de fuentes de legitimación *política* o *externa* en fuentes de legitimación (y, si son violados, de deslegitimación) también *jurídica* o *interna*. De aquí —de la normatividad que el constitucionalismo rígido ha introducido en el sistema mismo de la legalidad— resulta la divergencia potencial ya mostrada entre el «deber ser» y el «ser» de la ley, es decir, entre su *validez* y su *existencia*. Y es posible dar cuenta de esa divergencia sin generar contradicciones en la medida en que se reconozca en cada caso una violación —en forma de indebida *antinomía* o de indebida *laguna*— de los límites o de las obligaciones de contenido impuestos por las normas superiores a las de nivel inferior.

La principal implicación metateórica de esta divergencia tiene que ver con la relación entre la lógica y sus usos en la teoría del derecho, por un lado, y el derecho mismo, por el otro. En un sistema nomodinámico de derecho positivo —en el que la existencia de cada norma no es deducida de otras normas, sino que es un hecho empírico independiente de su significado— los principios lógicos no siempre quedan satisfechos por el derecho. Antinomias y lagunas, como se ha visto en los §§ 3 y 4 de esta Introducción y como mostraré a partir del § 1.3 de la teoría, no sólo existen de hecho, sino que no pueden no existir entre normas de distinto nivel a causa de la diferencia que siempre habrá potencialmente entre deber ser normativo y ser efectivo. Por lo tanto, no es verdad, por ejemplo, que no se dé el caso —en contraste con el principio de contradicción— de que en un ordenamiento dado un mismo comportamiento (como, por ejemplo, la expresión del pensamiento) no esté al mismo tiempo permitido (por una norma constitucional sobre la libertad de expresión del pensamiento) y no permitido (por el código penal, en tanto que delito de opinión); como tampoco es verdad que siempre se dé el caso —como querría la correlación entre derechos y obligaciones correspondientes establecida por el postulado P3 de esta teoría— de que para

todo derecho (como, por ejemplo, el derecho al trabajo o el derecho a la salud) existan positivamente la obligación o la prohibición que constituyen sus garantías.

Por tanto, en el paradigma constitucional coherencia y plenitud, exigidas por la lógica a la teoría como condiciones de consistencia de cualquier discurso sobre el derecho que enuncie implicaciones entre figuras deónticas, no son ni pueden ser características intrínsecas del derecho que es objeto de la teoría; puesto que este derecho es un sistema nomodinámico, articulado en varios niveles, cada uno de los cuales es normativo respecto al inferior y, por lo tanto, siempre cabe la posibilidad de que resulte violado y contradicho por éste. De ello se sigue el carácter igualmente normativo de la lógica respecto al derecho positivo mismo. El paradigma del estado constitucional de derecho impone precisamente, para su observancia, tanto la ‘coherencia’ como la ‘plenitud’ de la legislación ordinaria respecto a las normas constitucionales sustanciales relativas a su producción. Con otras palabras, impone la superación de las antinomias y de las lagunas generadas por la existencia o la inexistencia, en contraste con los derechos de libertad y con los derechos sociales constitucionalmente establecidos, respectivamente de normas que violan los primeros y de normas que realizan los segundos. La lógica, en suma, es propia de los discursos *acerca del* derecho, pero no lo es, aunque debería serlo, del discurso *del* derecho positivo, respecto al cual tiene por consiguiente un papel no ya descriptivo sino prescriptivo.

Esto quiere decir que los principios de la lógica y todos los de la teoría que hacen uso de los conceptos de la lógica deóntica —como la contradicción entre permitido y prohibido o la implicación entre expectativa positiva y obligación correspondiente— son principios *del* derecho, pero no principios *en el* derecho. Dicho de otro modo, al no estar expresados por normas jurídicas no constituyen principios *internos* al derecho positivo, es decir, lo que en el párrafo precedente he llamado *principia iuris et in iure*. Son, por el contrario, *principia iuris tantum*, que imponen al derecho positivo, como principios *externos* al mismo, la lógica que éste de hecho no tiene pero que, de derecho, debería tener³³. Expresan, en un ordenamiento positivo o nomodinámico, el «deber ser» del derecho establecido por el derecho mismo y, por lo tanto, la normatividad, respecto a sus fuentes, de los *principia iuris et in iure* establecidos comúnmente por normas de grado supraordenado a ellas. Por eso su papel resulta esencial en el paradigma de la democracia constitucional, estructurado en varios grados o niveles normativos: porque en dicho paradigma las normas constitucionales, de grado supraordenado a cualesquiera otras, al establecer normas y derechos fundamentales como *principia iuris et in iure*, son normativas respecto a las fuentes de grado subordinado, a las que imponen prohibiciones u obligaciones de legislación cuya lesión genera en el primer caso antinomias y en el segundo lagunas. Y así es como los *principia iuris tantum* desarrollan un papel normativo o, si se prefiere, metanormativo: en el sentido de que

explican el carácter normativo de los *principia iuris et in iure* cualesquiera que sean, pero que, en la definición de ‘constitución democrática’, se identificarán aquí con los principios de la representación política, la separación y la división de poderes, la paz y las garantías de los derechos establecidos como fundamentales (D12.22, T12.92).

Estos *principia iuris tantum*, como se verá en el § 2.7, no son en última instancia sino los principios de la deóntica expresados por los cuadrados de oposiciones lógicas que serán presentados en los capítulos I y II. Son principios analíticos, descriptivos del modelo teórico, pero al mismo tiempo normativos, en el mismo sentido en el que lo son los principios de la lógica o de las matemáticas respecto a los discursos que hacen uso de ellos, o las reglas de la ortografía, de la gramática o del vocabulario de una lengua determinada respecto al lenguaje en el que son utilizadas. Aplicados a las normas, son esencialmente dos: el principio de no contradicción, expresado por el cuadrado de las modalidades deónticas cuya violación genera antinomias; y el principio de plenitud, expresado por el cuadrado de las expectativas deónticas cuya violación genera lagunas. El primer cuadrado sugiere que la prohibición es incompatible con el permiso positivo y por ende con la facultad referida a la misma conducta, debiendo por tanto, cuando la facultad sea de grado supraordenado a ella, ser anulada y eliminada. El segundo sugiere en cambio que la obligación y la prohibición están implicadas, respectivamente, por la expectativa positiva y la expectativa negativa de aquello a lo que van referidas y deben por consiguiente, cuando éstas sean de grado supraordenado a ellas, ser introducidas por una legislación que las materialice. El primero sirve para suscitar la crítica de la presencia indebida, respecto a las normas constitucionales, de normas ordinarias opuestas a ellas. El segundo sirve para suscitar la crítica de la indebida ausencia, con respecto a aquellas normas, de normas ordinarias que supongan su puesta en práctica. En el primer cuadrado se basan las que en su momento llamaré ‘garantías secundarias’ o de justiciabilidad de las violaciones de los derechos constitucionalmente establecidos; en el segundo, las que llamaré sus ‘garantías primarias’, esto es, las prohibiciones de lesión y las obligaciones de prestación correspondientes a aquéllos.

Obviamente el papel pragmático de estos dos principios se pondrá de manifiesto sobre todo en la teoría de la democracia constitucional, tal y como será desarrollada en la última parte del segundo volumen. En la parte cuarta se analizarán, en efecto, los *principia iuris et in iure* consolidados en la experiencia histórica del constitucionalismo democrático: la representación política basada en el sufragio universal, los límites y obligaciones impuestos al mercado, el *habeas corpus* y las libertades fundamentales, los derechos a la salud, a la educación y a un mínimo vital, correspondientes a las cuatro clases de derechos —políticos, civiles, de libertad y sociales— en los que se articularán las dimensiones, formas, contenidos y niveles de la democracia constitucional. Y les serán apli-

cados, a través de la crítica de las antinomias, lagunas y demás aporías presentes en los ordenamientos vigentes, los *principia iuris tantum* de cuya satisfacción dependen sus correspondientes garantías. De todo ello resultará una teoría de la democracia que, a diferencia de la teoría específicamente del derecho elaborada en las tres primeras partes, es una teoría normativa, como lo son, por lo demás, todas las teorías jurídicas y políticas y no meramente sociológicas de la democracia: normativa en el sentido de que se ocupa del *deber ser jurídico*, en virtud de los *principia iuris tantum*, de los ordenamientos y de los sistemas políticos que se asume que son (o se pretenden) democráticos con arreglo a sus *principia iuris et in iure*. Su normatividad, en suma, no es meramente axiológica: refleja la normatividad del derecho en las democracias actuales respecto a sí mismo.

En la parte cuarta se producirá, en definitiva, un cambio del estatuto epistemológico de la teoría: ya no será analítica o formal, ni por ello mismo axiomatizada, sino descriptiva de los contenidos del paradigma constitucional tal y como se ha realizado históricamente en las democracias contemporáneas y, junto a ello, crítica de sus muchas violaciones y faltas de realización, así como normativa y proyectiva en lo que concierne a las técnicas de garantía idóneas para corregirlas y a las posibles expansiones de su papel garantista. Sin embargo, precisamente en virtud de su anclaje en las normas jurídicas —estatales e internacionales— que han positivizado esos contenidos, la teoría de la democracia aquí elaborada no es tanto o no es sólo una teoría política, sino que es sobre todo una teoría jurídica. Formas y contenidos, límites y obligaciones para el sistema de los poderes impuestos por los derechos fundamentales, no equivalen ya, en la medida en que han sido constitucionalizados, a principios axiológicos externos de tipo iusnaturalista, como lo eran en el modelo paleo-iuspositivista del estado liberal de derecho. Son, por el contrario, principios de derecho positivo —*principia iuris et in iure*, precisamente— internos a los ordenamientos, a los que se aplican los *principia iuris tantum* de la plenitud y de la coherencia que imponen, para su tutela, la introducción de las correspondientes garantías primarias y secundarias y la no introducción o la anulación de las normas en conflicto con ellos.

Principia iuris et in iure y *principia iuris tantum*, internos los unos y externos los otros al derecho positivo³⁴, confieren por tanto una doble dimensión pragmática a la ciencia jurídica. Siendo el derecho una construcción artificial, es siempre el producto más o menos conseguido de un diseño, siquiera sea implícito e inconsciente. Y con seguridad forma parte del papel cognoscitivo e informativo de la ciencia del derecho la explicitación tanto de las opciones que están en la base del diseño y la construcción jurídica objeto de investigación como de las que subyacen a su reconstrucción científica. Por lo demás, la idea misma del «sistema jurídico» como sistema unitario postula una ciencia jurídica no meramente descriptiva sino a su vez normativa, en virtud de las dos clases de

principios que se ha distinguido: los *principia iuris tantum* expresados por la lógica y los *principia iuris et in iure* reformulados por la dogmática y reelaborados por la teoría. Y ello es tanto más cierto en el paradigma constitucional, que, por un lado, se caracteriza por los desniveles normativos y, por consiguiente, por la presencia potencial de antinomias y de lagunas y, por otro, ha positivizado las opciones a las que el derecho debe acomodarse y que por lo tanto forman parte del objeto de investigación de la ciencia jurídica. Por eso la dogmática y la teoría del derecho no pueden limitarse a decir, según una clásica tesis bobbiana, «lo que el derecho es»³⁵; porque no pueden dejar de decir también «lo que el derecho debe ser» y que forma parte igualmente —en un nivel normativo distinto— del «derecho que es», así como «lo que el derecho no debe ser» y a pesar de todo ilegítimamente es. Dicho de modo más preciso, mientras que la teoría enuncia las condiciones formales y sustanciales de la validez de las normas jurídicas, la dogmática identifica los límites y obligaciones de contenido impuestas en concreto a la validez de las normas de un ordenamiento dado por las diferentes clases de principios supraordenados a ellas.

Los juristas, por otra parte, siempre han desempeñado un papel crítico y normativo respecto al derecho positivo. Lo que ocurre es que, por lo general, lo han desempeñado sin hacerlo explícito, y por lo tanto del peor modo posible, a causa de la pretensión de avaloratividad que ha pesado siempre como una obsesión sobre la cultura iuspositivista. Pero esa pretensión, como hemos visto, es insostenible, ya de entrada por el carácter artificial del derecho positivo que refleja siempre algún diseño teórico y normativo que no puede ser ignorado por la teoría. Y lo es más que nunca en cuanto se refiere al paradigma constitucional, que consiste en la configuración normativa del derecho que «debe ser (o no ser)» y confiere por tanto a la dogmática una función crítica respecto a su objeto y a la teoría una función a su vez normativa y proyectiva³⁶.

La teoría aquí desarrollada, en la medida en que se dirige principalmente al análisis de dicho paradigma, se propone por tanto como una *teoría del garantismo*, con la inevitable dimensión pragmática que le confiere el paradigma constitucional y cuanto éste implica y requiere. El paradigma constitucional, tal y como será elaborado en la parte tercera, sigue siendo —al igual que el paradigma iuspositivista— un paradigma formal, dado que las constituciones, como ocurre con las leyes ordinarias, pueden tener cualquier contenido. Por otra parte, es en este carácter formal en donde reside su valor teórico-jurídico, como modelo normativo vinculante más allá de los principios constitucionalizados en cada caso; y al mismo tiempo su valor teórico-político, como fundamento de la separación laica entre derecho y moral y, a la vez, de la autonomía y primacía del punto de vista político externo al derecho vigente, crítico y proyectivo respecto al mismo, incluidas las propias constituciones. Pero es evidente que su referencia empírica está en la experiencia histórica del constitucionalismo democrático y en sus ca-

pacidades expansivas³⁷. Corresponde por tanto a la teoría (normativa, además de explicativa) de la democracia la identificación de las distintas garantías —unas veces insuficientes, otras completamente ausentes en el derecho vigente y no obstante requeridas por el paradigma constitucional— capaces de reducir la divergencia entre el deber ser normativo y el ser efectivo del derecho positivo, dentro de ciertos límites fisiológica, pero más allá de ellos patológica. Estas garantías, que en lo que respecta a los derechos patrimoniales han sido dotadas de probada eficacia por la tradición milenaria del derecho civil, son bastante más débiles para los derechos de libertad, quedan en buena medida confiadas a la ineficiente e incierta mediación burocrática en lo referente a los derechos sociales, son ampliamente inoperantes respecto a los poderes privados y están casi completamente ausentes en lo que concierne a los derechos establecidos por convenciones internacionales. Una teoría garantista del derecho, al ofrecer la clave de lectura de las antinomias y de las lagunas presentes en el derecho vigente respecto a su modelo constitucional, permite por tanto redefinir la esfera pública de las garantías de los derechos fundamentales diseñada por él y replantear los tradicionales rasgos puramente estatistas tanto del positivismo jurídico como del constitucionalismo y de la democracia, a fin de adecuarlos a las nuevas sedes extra- y supraestatales tanto de los nuevos poderes como de las correspondientes garantías.

Bajo este aspecto, la teoría del derecho es la premisa necesaria de la teoría de la democracia. La hipótesis de trabajo que aquí se presenta es en efecto que los derechos fundamentales y sus garantías constituyen otras tantas condiciones jurídicas de la democracia. Obviamente la democracia depende de condiciones pragmáticas —de tipo político, económico, social y cultural— en gran medida independientes del derecho. También por esta razón el término «democracia» (o «democrático») no será definido ni utilizado en la formulación de ningún postulado, sino asumido como primitivo y empleado siempre en contextos del tipo «si (una constitución o un ordenamiento es) democrático [...] entonces»: esto es, como condición contrafáctica respecto a la cual los principios garantistas, evidentemente normativos, figurarán siempre como condiciones necesarias pero nunca suficientes. Aun insuficientes, las condiciones jurídicas son sin embargo insustituibles, puesto que la democracia es antes que nada un sistema de reglas y garantías impuestas a los diferentes tipos de poder de otro modo absolutos. Por tanto será posible, en el capítulo XII y luego en la parte cuarta, definir y analizar, si no la democracia, sí las cuatro dimensiones de la que llamaré ‘democracia constitucional’ (D12.23, T12.112) —la dimensión política, la liberal, la civil y la social (D12.36-D12.39)—, conectándolas a otras tantas clases de garantías de los derechos fundamentales.

7. *El derecho como universo simbólico.*
El papel performativo de la teoría

La teoría que aquí se elabora es pues un sistema de *principia iuris*³⁸, como expresa el título que se ha elegido para ella, en un triple sentido: porque sus tesis son principios teóricos y, a la vez, las tesis primeras de una teoría axiomatizada del derecho; porque algunas de ellas, relativas a la democracia, reflejan también principios de derecho positivo; y porque otras, finalmente, reflejan la estructura normativa del paradigma constitucional, en virtud del cual el derecho regula tanto la forma como los contenidos de su propia producción. Estos tres sentidos se hallan conectados: los principios teóricos están formulados sobre la base de (y dirigidos a explicar la) estructura normativa en primer lugar del derecho positivo y después del paradigma constitucional, que consiste en la incorporación en sus niveles superiores de principios jurídicos acerca de la producción del derecho mismo, que expresan por tanto, como principios normativos, su deber ser jurídico y político.

Naturalmente, repito, la teoría del derecho no nos dice «cuáles son» los principios jurídicos incorporados a cada ordenamiento, algo que sólo la dogmática jurídica relativa al ordenamiento estudiado puede decirnos. Ni nos dice «cuáles deben ser» tales principios, algo que corresponde a una filosofía de la justicia. Se limita a asumir y a definir conceptos, a establecer relaciones entre los mismos, a desarrollar sus implicaciones y, por consiguiente, a analizar la forma lógica y la estructura normativa que, allí donde entren en juego tales conceptos, son siempre propias de los fenómenos jurídicos. No nos dice, por ejemplo, cuáles son o deben ser los comportamientos prohibidos, las expectativas garantizadas, las normas jurídicas, los derechos fundamentales o los principios constitucionales. Nos dice tan sólo, en tanto que conjunto de tesis y de definiciones *formales* y *estipulativas* en el sentido mostrado ya en los §§ 4 y 5, qué convenimos que haya de entenderse con términos como ‘obligación’, ‘prohibición’, ‘expectativa’, ‘garantía’, ‘norma’, ‘derecho fundamental’, ‘constitución’, etc., y qué implicaciones se dan, sobre la base de dichas convenciones, entre obligación y prohibición, entre expectativas y obligaciones correspondientes, entre derechos y garantías, entre normas de grado supraordenado y normas de grado subordinado; y nos dice que por eso, cuando las normas constitucionales incorporen determinados derechos fundamentales, *entonces* imponen a la legislación ordinaria, de grado subordinado a ellas, la introducción de las obligaciones o de las prohibiciones que son las garantías de aquellos derechos. Sólo en este sentido —en el sentido de que no nos dice nada sobre lo que sucede de hecho o es justo que suceda— una teoría del derecho es «pura» o «formal» según la terminología kelseniana o bobbiana. Pero esto no sólo no excluye, sino que, al contrario, conlleva su dimensión pragmática aquí mostrada. Más allá del carácter convencional y por lo tanto normativo de sus postulados y definiciones, común a cualquier teoría empírica,

precisamente las relaciones lógicas que elabora la hacen en efecto normativa respecto a su objeto, que es un universo lingüístico artificial en el que dichas relaciones deben ser, pero de hecho bien pueden no ser, satisfechas.

Así se explica por qué una teoría axiomatizada resulta posible, y a la vez justificada, sólo en relación con el derecho positivo, especialmente si está articulado en varios niveles normativos, y no en relación con otros universos empíricos: porque el derecho positivo no es un fenómeno natural, sino una construcción artificial consistente en un discurso, que supone alguna racionalidad intrínseca que justamente se trata de explicitar. Por eso podemos hablar de una «lógica» interna del estado constitucional de derecho, a la que está sujeta su estructura normativa, mientras que no podríamos hablar de una «lógica» de la naturaleza o de la sociedad: porque dicha estructura es una estructura lingüística, en la que son debidas pero no están dadas —deben ser, pero de hecho no siempre están satisfechas— la coherencia y la plenitud entre los distintos niveles normativos del ordenamiento. «La doctrina del derecho», escribió Leibniz, «es de la índole de aquellas ciencias que no dependen de experimentos, sino de definiciones, no de las demostraciones de los sentidos, sino de las de la razón, y son, por así decirlo, propias del derecho y no del hecho»: puesto que sus «principios», añadió, «son todos ellos condicionales, y ni siquiera necesitan que algo exista, sino que se siga algo a su supuesta existencia»³⁹. Y esto es tanto más cierto cuando la razón jurídica ya no es la iusnaturalista de la que habla Leibniz, que hace que «pued[a] entenderse que algo es justo, aunque no haya quien ejerza la justicia», entendida ésta como «un cierto acuerdo y proporción»⁴⁰. Es por el contrario la *artificial reason* de la que habla Hobbes, en virtud de la cual las leyes y los pactos «los hemos hecho nosotros»⁴¹, incluido el pacto constitucional en el que hemos positivizado, como principios y garantías normativas, límites y vínculos para las leyes mismas.

La teoría del derecho, cuando toma en serio su objeto, está dirigida a explicitar y reconstruir esta lógica interna, imponiendo a la dogmática la tarea de identificar las antinomias y las lagunas que con arreglo a aquella se dan de hecho en el derecho vigente. De este modo la normatividad de la teoría refleja la del derecho respecto a sí mismo. Por ejemplo, los *principia iuris tantum* de la equivalencia entre ‘permitido’ y ‘no prohibido’ (T1.10) y entre ‘expectativa positiva’ y la ‘obligación’ correspondiente (T2.60) enuncian implicaciones lógicas que no excluyen que, de hecho, un mismo comportamiento esté permitido o exista la expectativa del mismo a nivel constitucional y, al mismo tiempo, esté prohibido o no esté establecida su obligación correspondiente a nivel de la legislación ordinaria. Diremos en estos casos que el permiso resulta violado por la presencia de la prohibición y que la expectativa resulta violada por la ausencia de las correspondientes garantías: que es precisamente la crítica del derecho vigente que viene impuesta a la dogmática jurídica por la

teoría. Justamente porque reflejan la estructura del estado constitucional de derecho y el diseño teórico que está tras ella, las relaciones lógicas entre los conceptos formulados por la teoría sirven, por una parte, para fundamentar la crítica de las antinomias y de las lagunas y, por otra, para exigir su superación mediante la reparación de las violaciones de las garantías existentes o la introducción de las garantías ausentes. El garantismo es, en este aspecto, la otra cara del constitucionalismo.

Si esto es así, una teoría axiomatizada del derecho y del paradigma constitucional no es sólo, como se ha dicho antes, una teoría del garantismo, sino que cumple ella misma, por así decirlo, un papel garantista respecto al derecho mismo⁴². Porque nos dice que han de tomarse en serio tanto el derecho como los conceptos jurídicos y que han de extraerse de ellos las debidas implicaciones. Considérese de nuevo, como ejemplo, la relación —que será formulada en la teoría— entre derechos subjetivos y garantías. Si definimos *a)* ‘derecho subjetivo’ como expectativa positiva de prestaciones o negativa de no lesiones, *b)* ‘expectativa’ como figura deóntica a la que corresponde una obligación o una prohibición y *c)* ‘garantía deóntica’ como la obligación o la prohibición correspondientes a las expectativas, podremos afirmar también que *d)* la existencia de esos específicos derechos subjetivos que son los derechos fundamentales implica la existencia de las obligaciones y prohibiciones que constituyen sus garantías. Pero esta tesis teórica, evidentemente, es descriptiva del «deber ser» del derecho vigente, en el que es perfectamente posible que no se hayan dispuesto las obligaciones y las prohibiciones correspondientes a los derechos establecidos; de manera que, en tal caso, ese «deber ser» equivale al deber de introducirlas. Lo mismo cabe decir, por otra parte, de la tesis teórica de la equivalencia entre «permiso» y «no prohibición», que es igualmente descriptiva del «deber ser» del derecho vigente, siendo posible que exista en éste una prohibición legal en conflicto con una libertad constitucional; de modo que en tal caso, nuevamente, ese «deber ser» equivale al deber de suprimir la prohibición ilegítima. En este sentido la teoría es normativa respecto a su propio objeto: en el sentido de que exige leer la indebida ausencia o la indebida presencia de obligaciones o prohibiciones como indebidas lagunas que *deben ser* colmadas o como indebidas antinomias que *deben ser* eliminadas. Y en ambos casos es la formalización del lenguaje teórico lo que permite a la teoría, en virtud de las leyes de la lógica que rigen el desarrollo de sus tesis, operar como clave de lectura del derecho ilegítimo, orientando a la dogmática hacia su crítica y a la legislación y a la jurisdicción hacia su reforma o invalidación.

Hay por tanto una circularidad normativa entre derecho y ciencia jurídica, entre paradigma constitucional y teoría del derecho, entre iuspositivismo y garantismo. El enfoque iuspositivista obliga a la ciencia jurídica a tomar el derecho positivo en serio, descartando la idea de que las leyes y menos aún las constituciones sean *flatus vocis*, carentes —a pesar de existir positivamente— de eficacia vinculante: de que un derecho

desprovisto de garantías, por ejemplo, sea un no-derecho aunque esté expresamente establecido, o de que un acto inválido no anulable por falta de jurisdicción sea no-ínválido por más que se halle en conflicto con las normas relativas a su producción. A su vez la teoría, tanto más si está dotada del rigor lógico que le confiere la axiomatización, condiciona y dirige la práctica jurídica vinculándola al respeto, por así decirlo, de la gramática y de la sintaxis diseñadas por la red de los conceptos y las tesis teóricas. En suma, si el derecho positivo es, como resulta evidente, normativo respecto a la ciencia del derecho, que tiene en las normas jurídicas sus referentes empíricos o «dogmas», también lo es la ciencia jurídica respecto al derecho, elaborando a nivel teórico sus modelos normativos y promoviendo el análisis crítico a nivel dogmático y la eliminación a nivel operativo de sus perfiles jurídicos de ilegitimidad.

Todo esto no impide el carácter puramente formal y estructural de la teoría del derecho, en el sentido ya aclarado de que ella, por sí sola, no nos dice nada acerca de los contenidos del derecho mismo; ni menos aún supone alguna clase de compromiso ideológico o valorativo de la teoría. De los dos tipos de *principia iuris* distinguidos en los párrafos precedentes, en efecto, los *principia iuris et in iure*, que expresan opciones valorativas —como la igualdad, la paz, los derechos fundamentales, el principio de legalidad, el de representación política y la separación de poderes—, son principios de derecho positivo, explícita o implícitamente dictados por las constituciones de los ordenamientos avanzados. Por el contrario, los *principia iuris tantum*, que son los únicos que no pertenecen al derecho sino sólo a la teoría, no son en ningún sentido principios axiológicos o valorativos: se trata de los clásicos principios de *unidad, coherencia y plenitud*⁴³, que se refieren a la estructura formal que los ordenamientos jurídicos de hecho no tienen pero que de derecho deben tener, cualesquiera que sean los principios sustanciales y normativos incorporados a ellos como su deber ser jurídico.

En suma, mientras que los *principia iuris et in iure* sí que son principios axiológicos, pero no de la teoría sino del derecho, de manera que la teoría se limita a explicar su significado y a extraer sus implicaciones necesarias, los *principia iuris tantum* son principios teóricos externos al derecho positivo, pero no consisten en principios axiológicos, sino en tesis que reflejan la estructura normativa interna del derecho, con independencia de sus contenidos. Resulta por tanto evidente que la conjunción de las dos clases de principios, al poner de manifiesto la divergencia interna al derecho entre su deber ser y su ser, genera la dimensión pragmática de la teoría de ese modelo normativo que es el actual estado constitucional de derecho. Pero esta dimensión no es en modo alguno el fruto de una arbitraria opción ideológica, sino el reflejo necesario de la específica estructura normativa de las democracias constitucionales objeto de la teoría. Porque, en efecto, forman parte de dicha estructura la incorporación y la positivación, en forma de *principia in iure* de rango constitucional, de aquellos principios sustanciales de justicia en los

que las constituciones expresan, cualesquiera que sean nuestras opciones personales, los valores propios de dichas democracias.

Hay que reconocer, finalmente, que el valor pragmático de la teoría del derecho no se limita al papel normativo desempeñado por los principios teóricos de los que se ocupa. Las teorías, y más en general las doctrinas jurídicas y políticas, producen también imágenes y visiones de conjunto del derecho y de cada una de sus instituciones: imágenes del «derecho como es», pero también —y sobre todo— del «derecho que debe ser», con arreglo a su propia lógica y a los contenidos, diversos y cambiantes, impuestos a sus niveles normativos más altos por las transformaciones políticas y sociales que han marcado su historia. En efecto, el derecho es un universo simbólico, cuyos paradigmas, hechos no sólo de principios institucionales sino también de valores políticos y de modelos culturales y deontológicos —el estado de derecho y el principio de legalidad, la separación de poderes y la vinculación del juez a la ley, la igualdad y los derechos fundamentales—, han sido diseñados en gran parte por las teorías elaboradas por la filosofía jurídica y política y por su interacción con las opiniones comunes.

Bajo este aspecto la teoría y, más en general, la cultura jurídica y filosófico-política, han desempeñado siempre un papel por así decirlo constituyente, actuando en la construcción tanto del artefacto jurídico como del imaginario jurídico colectivo, empezando por el de los propios juristas y de los operadores jurídicos⁴⁴. Y precisamente porque el derecho es esencialmente un universo simbólico, las distintas imágenes o concepciones producidas por sus teorizaciones han tenido siempre un papel decisivo tanto en su construcción como en la formación del sentir común, de ese «sentido cívico» o «sentido del derecho» que constituye, entre otras cosas, el principal presupuesto social y cultural de su efectividad. También en la producción de este imaginario hay por otra parte una circularidad normativa entre teoría del derecho y derecho. Si bien es verdad que la teoría no se ha limitado nunca a reflejar sino que también ha diseñado las estructuras normativas del derecho y sus transformaciones, también lo es que con mucha frecuencia la práctica jurídica se ha anticipado a la teoría: baste pensar en las codificaciones y en las constituciones y en los profundos cambios de paradigma producidos por ellas, de manera independiente y a veces en contraste con las orientaciones de la cultura jurídica dominantes en cada caso.

La dimensión pragmática de la teoría del derecho reside también en esta doble interacción —en cuanto a los principios y en cuanto a las imágenes de conjunto— que mantiene con el derecho. Tal dimensión es a menudo ignorada o peor aún discutida por cuantos continúan fieles al viejo método técnico-jurídico, descriptivista y avalorativo, en la ilusión paracientífica de que el derecho puede ser estudiado como un objeto natural, autónomo respecto a la política y a la reflexión teórica y filosófica. Hemos de reconocer por el contrario, como corolario metacientífico del positivismo jurídico y por tanto de la tesis del carácter artificial del de-

recho, el papel por así decir performativo de la cultura jurídica respecto al derecho. Porque el derecho es un mundo de signos y de significados. Es el lenguaje necesario para tratar los problemas políticos y sociales: para nombrarlos, para aclarar y precisar sus términos, para articular sus múltiples aspectos, para exponer sus concretas soluciones posibles. Y es como lo pensamos, teorizamos, proyectamos, producimos, interpretamos, defendemos y transformamos, de manera que todos tenemos una parte de la responsabilidad por cómo es. El horizonte del jurista no es el del mero espectador. Formamos parte del universo que describimos y contribuimos a producir con nuestras teorías. Es claro que esta dimensión pragmática de la ciencia jurídica contradice cualquier concepción aséptica y puramente descriptiva de la misma. Pero al estar inscrita en la propia estructura del paradigma constitucional, no puede ser ignorada sin comprometer, junto al papel civil y político de la ciencia jurídica, su mismo alcance empírico y su capacidad explicativa.

Tenemos en suma cuatro aparentes paradojas en la metateoría pragmática de una teoría axiomatizada del derecho. A pesar de las dificultades y complicaciones del cálculo, la axiomatización del discurso teórico conlleva su máxima clarificación y simplificación. Además, la teoría, no a pesar de ser, sino precisamente por ser lógicamente coherente y avaliativa en su desarrollo, desempeña un papel normativo —en el sentido que hasta aquí se ha mostrado— y no meramente descriptivo respecto a su objeto. Por otra parte, no a pesar de ser, sino precisamente por ser normativa en ese sentido, resulta apta para describir y explicar, como no podría hacerlo ninguna teoría que pretendiera ser puramente descriptiva, la estructura normativa de las actuales democracias constitucionales. Finalmente, no a pesar de estar, sino precisamente por estar formalizada, permite dar cuenta, por una parte, de la dimensión sustancial —además de la formal— impuesta al derecho por el paradigma constitucional y, por otra, de la inevitable divergencia, interna al propio derecho positivo, entre su modelo normativo y su concreta efectividad.

8. *Un modelo integrado de ciencia jurídica: teoría del derecho, dogmática jurídica, filosofía de la justicia y sociología del derecho*

Hay un último aspecto de la dimensión pragmática del derecho que debe ser comentado y que se pondrá de manifiesto sobre todo en la parte cuarta, dedicada a la democracia. Es el que trae causa no sólo de la divergencia interna al derecho entre su deber ser constitucional y su ser infraconstitucional, sino también de las dos divergencias externas mostradas al comienzo: la empírica entre su deber ser de derecho y su ser de hecho y la axiológica entre su deber ser ético-político y su ser jurídico.

La divergencia empírica o fáctica, expresada por la teoría del derecho a través de la distinción entre *vigencia* y *efectividad*, se manifiesta en la ineffectividad del derecho, que en el estado de derecho se refiere no

sólo a los comportamientos de los ciudadanos, sino también, y diría que sobre todo, a los de los poderes públicos, plasmándose en el funcionamiento ilegal o extralegal de las instituciones. En lo que concierne a esta divergencia me limito aquí a destacar que, aun siendo en cierta medida inevitable y fisiológica, ha alcanzado en estos años formas y dimensiones patológicas, que socavan de raíz nuestras democracias y se manifiestan, sobre todo en las relaciones internacionales, en forma de ilegalidad sistemática: piénsese en las guerras, en los crímenes impunes contra la humanidad y en las violaciones masivas de los derechos humanos. Se trata de un fenómeno que amenaza con desacreditar el paradigma de la democracia constitucional en su conjunto y que reclama por tanto de una teoría normativa de la democracia que tome en serio el derecho positivo, no sólo la crítica de las ilegalidades institucionales, sino también el diseño de garantías e instituciones de garantía idóneas para reducirlas, si es que no para eliminarlas.

Un discurso más extenso requiere la divergencia ético-política entre *derecho positivo* y *justicia*, que como se ha dicho es un corolario de la separación iuspositivista entre las dos esferas y que reclama a su vez de una teoría de la democracia la reflexión sobre los fundamentos axiológicos y la configuración de los contenidos normativos del paradigma formal del constitucionalismo elaborado por la teoría del derecho. Esta divergencia ha podido ser ignorada durante mucho tiempo por la cultura jurídica a causa del divorcio promovido en ella, hace más de un siglo, por las mismas doctrinas filosóficas que habían diseñado los principios basilares del moderno estado de derecho: el principio de legalidad, la separación de poderes, la representación política, el principio de igualdad, los derechos fundamentales, las garantías penales y procesales⁴⁵. Ese divorcio, acontecido incluso en disciplinas como el derecho público y el derecho penal que se habían fundado o refundado precisamente sobre dichos principios, fue propiciado justamente por la afirmación del paradigma paleo-iuspositivista basado en el principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho válido además de existente. En Italia, en particular, fue declarado programáticamente por los más ilustres maestros —de Vittorio Emanuele Orlando a Santi Romano, de Arturo Rocco a Vincenzo Manzini—, quienes antes que reconocer el carácter artificial del objeto de sus disciplinas como producto del punto de vista externo de la política, propugnaron su esterilización filosófica y, por así decirlo, su naturalización, mediante la adopción generalizada del método técnico-jurídico —a partir del modelo pandectista de las doctrinas civilistas— como condición de la cientificidad y, a la vez, de la positividad de la ciencia del derecho en su conjunto⁴⁶. Si es cierto que en el modelo del primer positivismo jurídico «derecho» era todo y sólo aquello que estaba establecido por la ley, cualquier referencia a principios axiológicos no expresamente formulados por la ley quedaba excluida como una inadmisible intrusión y contaminación del discurso científico acerca del derecho.

La constitucionalización de esos principios, como se verá con detenimiento en el capítulo XIII, trae consigo no sólo la divergencia ya comentada entre derecho como norma y derecho como hecho y, por tanto, entre el deber ser normativo y el ser efectivo del derecho positivo, sino también, consiguientemente, la insostenibilidad del viejo método técnico-jurídico. Gran parte de aquellos conceptos y valores, junto a los conceptos a través de los que se expresaron —libertad, igualdad, persona, derechos humanos, representación, separación de poderes, esfera pública, etc.—, son en efecto exactamente los mismos que elaboró el pensamiento filosófico-político de tradición ilustrada. Sólo que, una vez constitucionalizados, dejan de ser solamente principios axiológicos externos de filosofía política y se convierten también en principios jurídicos internos —*in iure*— al universo del discurso de una teoría jurídica de la democracia, como la que he desarrollado en la última parte de este trabajo. De ahí la necesidad de poner a prueba su adecuación funcional, su capacidad regulativa, su coherencia interna o sus conflictos recíprocos y, sobre todo, el papel normativo desempeñado por ellos en virtud de los *principia iuris tantum* en lo que concierne a los ordenamientos vigentes. La filosofía política y jurídica de la justicia conserva, evidentemente, un espacio especulativo autónomo, externo al derecho y a la ciencia jurídica, y un punto de vista autónomo, crítico y proyectivo, respecto al derecho. Pero no puede ignorar la nueva estructura del derecho, normativa respecto a la política y al propio derecho, que ha generado el paradigma constitucional. Ni, por otra parte, es sostenible ya la pretensión de la dogmática jurídica, expresada por ejemplo por Santi Romano en un célebre ensayo de hace un siglo, según la cual si «nuestro estudio pretende ser de derecho, entendida la palabra en sentido estricto» deben ser extraños al mismo «esos viejos problemas en los que se deleitaron los constitucionalistas del periodo doctrinario», como «la teoría del llamado Estado o Gobierno legítimo; la controversia acerca de si el pueblo tiene o no el derecho a darse el ordenamiento que considere mejor; la admisibilidad del llamado derecho de resistencia colectiva o de rebelión; los problemas del origen y, especialmente, de la justificación de la soberanía; y, en esa línea, el examen de las doctrinas que fundamentan el Estado en la fuerza, en elementos contractuales, etc.», hasta llegar a los temas y problemas de los derechos naturales y del poder constituyente⁴⁷. Estos «viejos» temas, junto a las tesis que los enuncian, no son ya en el paradigma constitucional temas y tesis de carácter iusnaturalista, al haber sido formulados como *principia iuris et in iure* al más alto nivel normativo del derecho positivo, el constitucional, supraordenado rígidamente a la legislación ordinaria.

Así es como la teoría del derecho, y específicamente del estado constitucional de derecho —con las divergencias por ella explicitadas entre principios ético-políticos, principios de derecho y práctica jurídica—, puede contribuir a superar el secular divorcio, producido por el método técnico-jurídico, entre ciencia del derecho y filosofía: en el plano metodológico, gracias al encuentro con la lógica y la filosofía de la ciencia y,

por consiguiente, con los métodos de la axiomatización en la construcción de los enunciados teóricos y del análisis del lenguaje y la teoría de la argumentación en la elaboración de los enunciados dogmáticos; en el plano de la clarificación de los conceptos y principios de la teoría, en el que puede restaurarse la relación con la tradición de la filosofía política ilustrada que elaboró gran parte de dichos conceptos y principios; y en el plano, por fin, del diseño jurídico e institucional, que no sólo ya no está vedado a la ciencia del derecho, sino que, al contrario, le viene impuesto por el modelo constitucional como proyecto ya no sólo político y externo, sino jurídico e interno al derecho en tanto que estipulado positivamente en el vértice de los ordenamientos.

De este modo la teoría del derecho puede convertirse en punto de encuentro entre las diferentes aproximaciones al estudio del derecho, a las que brinda un aparato conceptual en buena medida común: entre el doble punto de vista jurídico interno propio de las disciplinas dogmáticas positivas, el punto de vista empírico externo propio de la sociología del derecho y el punto de vista axiológico externo propio de la filosofía de la justicia, correspondientes cada uno de ellos a otras tantas interpretaciones semánticas de la teoría. Y gracias al estatuto convencional y formalizable de sus conceptos y enunciados puede así ofrecerse como el lugar en el que es posible recomponer las numerosas fracturas entre disciplinas que han marcado la historia de la cultura jurídica moderna. En efecto, su carácter formal no sólo no excluye sino que por el contrario trae consigo, como su específica dimensión pragmática, el papel crítico y normativo asignado por ella al conocimiento jurídico. Ésta es una tesis teórica fundamental, ligada a las tres divergencias teóricas entre «deber ser» y «ser» que, como se ha visto en el § 4, caracterizan al objeto de la teoría: *a)* al carácter positivo del derecho, o al iuspositivismo, que implica el carácter potencialmente *injusto* del derecho respecto a criterios de evaluación externos al mismo; *b)* a la estructura en grados de los ordenamientos de las actuales democracias constitucionales, o al ius-constitucionalismo, que implica el carácter potencialmente *inválido* del derecho vigente respecto a sus constricciones constitucionales; *c)* a la normatividad del derecho respecto a aquello que regula y a la consiguiente divergencia entre derecho y realidad, entre normas y hechos, entre sistema normativo y práctica jurídica, que implica el carácter potencialmente *ineficaz* del derecho tal y como resulta de los comportamientos concretos de sus destinatarios.

Obviamente la dogmática jurídica, la sociología del derecho y la filosofía de la justicia corresponden a enfoques diferentes, rigurosamente distintos ya sea en cuanto a los métodos de formación de sus conceptos y enunciados, ya en cuanto a los puntos de vista desde los que contemplan el mismo objeto. Pero es precisamente la teoría formal del derecho la que permite a estos enfoques diferentes, que tienen en común el mismo universo del discurso, servirse los unos de las aportaciones de los otros. Al dar cuenta de las mencionadas divergencias deónticas —entre

justicia y validez, entre validez y vigencia, entre vigencia y efectividad—, la teoría permite en efecto distinguir y a la vez conectar los correspondientes niveles de discurso, normativo y crítico el uno con respecto al otro, y sustraerse así a las diversas y frecuentes falacias ideológicas⁴⁸ que resultan de su confusión o de su recíproca ignorancia: *a) la falacia ius-naturalista*, que confunde la validez de las normas con su justicia, impidiendo reconocer la existencia de normas válidas a pesar de ser injustas; *b) la falacia ético-legalista*, que confunde la justicia con la validez, impidiendo reconocer la existencia de normas injustas a pesar de ser válidas; *c) la falacia normativista*, que confunde la vigencia de las normas con su validez, impidiendo reconocer la existencia de normas inválidas a pesar de estar vigentes; *d) la falacia realista*, que confunde por fin la validez o incluso la vigencia con la efectividad, impidiendo reconocer la existencia de normas válidas o vigentes por más que sean ineficaces, o peor aún, su invalidez o hasta su inexistencia sólo porque sean eficaces.

En suma, lo que hace posible un modelo integrado de ciencia jurídica es precisamente el carácter formal de la teoría del derecho, que por un lado admite la pluralidad de interpretaciones semánticas ofrecidas por los diferentes enfoques disciplinares y, por otro, trae consigo las dimensiones pragmáticas expresadas por los correspondientes puntos de vista críticos y normativos. En concreto, la teoría jurídica de la divergencia entre normatividad y efectividad y de las técnicas de garantía idóneas para reducirla proporciona la base para, y a la vez puede servirse de, investigaciones sociológicas acerca del grado de efectividad (y de inefectividad) del derecho vigente respecto a lo que de hecho sucede, así como acerca del grado de legitimidad (y de ilegitimidad) de lo que de hecho sucede respecto al derecho vigente. La teoría jurídica de la divergencia entre validez y vigencia permite identificar los perfiles de efectividad (y de inefectividad) de los niveles normativos supraordenados, empezando por los constitucionales, respecto a los niveles subordinados, así como los perfiles de validez (y de invalidez) de éstos respecto a aquéllos. Finalmente, la teoría jurídica de la democracia constitucional es una interpretación semántica, anclada en el análisis empírico de las constituciones democráticas actuales, del paradigma formal del constitucionalismo elaborado por la teoría del derecho y, por consiguiente, no puede sino servirse de las mismas tesis y categorías elaboradas por la filosofía política, a la que ofrece a su vez las formas y los fundamentos institucionales de su realización práctica. De ahí el papel crítico y proyectivo asignado por la teoría a las diferentes aproximaciones disciplinares a la fenomenología del derecho: respecto al derecho interno, a fin de adecuar el aparato institucional al diseño garantista trazado por las constituciones, y sobre todo respecto al derecho internacional, cuyo rasgo característico, como se verá, es el vacío casi total de garantías apropiadas para realizar los principios de la paz y los derechos fundamentales proclamados en ese embrión de constitución mundial que está formado por la Carta de Naciones Unidas y las muchas cartas y convenciones sobre derechos humanos.

III. LA SINTÁCTICA

9. *El método de la ciencia jurídica.**El lenguaje de la teoría y el lenguaje de la dogmática*

Ya se ha dicho que la teoría del derecho es una teoría formal, que no nos dice nada sobre lo que el derecho establece, ni sobre lo que debería establecer, ni sobre el grado de observancia de hecho de lo establecido por él. Se limita a definir y a analizar los conceptos —«qué son» (y no «cuáles son», o «deben ser», o «cómo operan de hecho»), por ejemplo, las normas, los actos, los sujetos, las situaciones, los derechos, etc.— y a conectarlos en una red coherente de postulados, definiciones y teoremas. Y sin embargo, la teoría del derecho es una teoría empírica, dotada de un universo de discurso que es precisamente el «derecho». Lo que le confiere alcance empírico y capacidad explicativa respecto a dicho universo es por tanto la relación semántica que mantiene con las tesis de la dogmática jurídica y, por otro lado, de la sociología del derecho, en virtud de la cual, como se ha visto en el § 2, se le asocia en el primer caso una interpretación normativista y en el segundo una interpretación realista.

Para comprender la naturaleza de esta relación, resulta oportuno aclarar, siquiera sea sumariamente, la relación entre discursos y *lenguajes observacionales* y discursos y *lenguajes teóricos* en la ciencia del derecho. La distinción entre estos dos tipos y niveles de discurso y de lenguaje, vieja y discutida, fue formulada por el primer neopositivismo lógico como un útil instrumento de análisis de los lenguajes científicos de todas las ciencias empíricas llegadas a un cierto grado de desarrollo. En palabras de Rudolf Carnap, el «lenguaje observacional» es el lenguaje cuyos términos descriptivos o extralógicos «designan objetos o procesos observables, o propiedades y relaciones observables de tales objetos (como por ejemplo ‘Zurich’, ‘frío’, ‘más pesado’)»; mientras que el «lenguaje teórico» es un lenguaje caracterizado por el hecho de incluir, además de los signos lógicos, sólo «términos no explícitamente definibles sobre la base de los términos observacionales [...] (por ejemplo, ‘masa’, ‘temperatura’)»⁴⁹. El primero de estos lenguajes es el lenguaje común o natural, dotado de una relación semántica inmediata con las entidades observables de la realidad, de modo que resulta posible, con respecto a cada uno de sus términos descriptivos, «decidir [...] si el término se aplica o no a una situación dada por medio de la observación»⁵⁰. El segundo lenguaje es en cambio un lenguaje elaborado artificialmente, carente de referencia semántica directa a entidades observables y utilizable por tanto en la formulación de conceptos y enunciados que, aun idóneos para explicar y sistematizar los resultados de la experiencia observacional, no están sin embargo conectados directamente con ésta y pueden ser desarrollados deductivamente con arreglo a una sintaxis rigurosamente preestablecida. Los dos lenguajes corresponden por consiguiente a dos niveles diferentes

de discurso y de elaboración científica: el de la *observación*, esto es, el de la descripción directa de los datos empíricos, que sólo permite generalizaciones elementales sobre sus aspectos directamente observables (por ejemplo, «la madera flota en el agua, mientras que el hierro se hunde»); y el de la *teorización*, que permite en cambio la formulación de leyes científicas en términos de entidades abstractas e hipotéticas (por ejemplo, el principio de Arquímedes, que hace uso del concepto teórico de «peso específico»). La conexión entre los dos niveles de lenguaje y de discurso, necesaria para que un sistema teórico pueda valer como teoría empírica, queda asegurada precisamente por la «interpretación empírica» o «semántica» de la teoría, esto es, por un procedimiento consistente en la introducción de «proposiciones interpretativas» que conectan términos teóricos con términos observacionales, cumpliendo la doble función de conferir significado empírico a las tesis de la teoría y de hacer posible que queden respaldadas por los fenómenos observables⁵¹.

Este esquema, que ciertamente refleja el realismo tosco de la filosofía del lenguaje proto-neopositivista, es en mi opinión mucho más utilizable en el análisis del lenguaje de la ciencia jurídica que en el de los lenguajes de las ciencias naturales. En efecto, la distinción que sugiere entre lenguaje teórico y lenguaje observacional, si bien en términos generales es discutible y no siempre viable, resulta en cambio bastante más nítida en la ciencia jurídica, al menos en lo que respecta a la relación entre teoría y dogmática. Sólo que en la ciencia jurídica los lenguajes observacionales son dos, correspondiéndose a las dos interpretaciones, realista y normativista, que como hemos visto se pueden asociar a la teoría. Tenemos en primer lugar el lenguaje de las disciplinas jurídicas positivas, en el que se formulan esas específicas observaciones empíricas que son las interpretaciones de las normas: por ejemplo, «en virtud del artículo 286 *bis* del Código de Procedimiento Penal italiano no puede mantenerse la prisión provisional respecto a quien está infectado por el VIH»; «según el artículo 77 de la Constitución italiana, los decretos-leyes sólo pueden ser dictados por el gobierno ‘en casos de extraordinaria necesidad y urgencia’». Tenemos después el lenguaje sociológico, en el que se formulan las observaciones de los hechos más o menos divergentes, como se ha visto en el § 2, respecto a las formuladas con arreglo a las normas —por ejemplo, «en las cárceles italianas hay muchos detenidos a la espera de juicio infectados por el VIH»; «la legislación delegada de urgencia se ha convertido en Italia en una fuente de producción normativa no excepcional, sino ordinaria»— y que es un lenguaje que no difiere del observacional de cualquier otra ciencia social. Y tenemos por fin el lenguaje, ya no observacional, sino valorativo, de la filosofía de la justicia, en el que se formulan tesis de carácter axiológico, como por ejemplo las que, con independencia de las leyes, discuten como injustas o inoportunas, o consideran por el contrario justificadas y aceptables, la prisión provisional del infectado por el VIH o el recurso ordinario a la legislación delegada de urgencia.

Es sobre todo en relación con el primero de estos lenguajes —el de las disciplinas jurídicas positivas, sin duda el más importante para el conocimiento jurídico— donde la distinción entre nivel observacional y nivel teórico es en la ciencia jurídica bastante más evidente, fecunda y pertinente que en cualquier otra ciencia empírica. En primer lugar, el objeto de observación de la dogmática, a diferencia de lo que ocurre con el de las demás ciencias empíricas, es él mismo un universo lingüístico, analizado por tanto en un lenguaje observacional a través de la redefinición de los conceptos y la interpretación de los enunciados normativos expresados por el legislador. El lenguaje de la dogmática no es pues el genérico y elemental lenguaje común, sino un lenguaje altamente técnico, cuyos términos encuentran sus propias reglas de uso en el discurso legislativo y cuyos enunciados sirven para explicitar y analizar la lógica interna de dicho discurso. Y esto, como se verá más adelante, constituye una razón no secundaria de la posibilidad y al mismo tiempo de la fecundidad del empleo del método axiomático en la elaboración del lenguaje de la teoría.

En segundo lugar, y a diferencia de lo que ocurre con las proposiciones observacionales de las demás ciencias, incluidas las de la sociología del derecho, las proposiciones jurídicas de la dogmática tienen casi siempre el carácter de aserciones de tipo existencial acerca de la vigencia, o la validez, o los significados de uno o más enunciados normativos, o las múltiples relaciones que se dan entre ellos. En contra de las apariencias, producidas por el carácter general y abstracto de las normas que constituyen su objeto y, por tanto, por su forma habitualmente universal, no consisten casi nunca en generalizaciones de las que sea dudoso si su carácter es teórico u observacional; no enuncian leyes científicas inducidas de una pluralidad de observaciones reiteradas; ni consisten nunca, por consiguiente, en hipótesis probabilísticas como suelen ser en cambio las generalizaciones observacionales de las demás ciencias empíricas. Por ejemplo, una tesis del tipo «todos los que causen de manera culpable un daño injusto están obligados a resarcirlo» no es en modo alguno una generalización inducida de una pluralidad de experiencias jurídicas, sino una proposición existencial y, por así decirlo, «protocolar»⁵², que refiere, más o menos fielmente, lo que dice el artículo 2043 del Código Civil italiano.

En tercer lugar, en un sistema de derecho positivo incluso las pocas generalizaciones expresadas por la dogmática tienen siempre como referencia semántica un número determinado o en todo caso determinable de enunciados normativos. Esto depende de otro aspecto no menos específico del universo empírico que constituye el objeto de la dogmática jurídica. Dicho universo, a diferencia del de las demás ciencias empíricas y a semejanza tal vez del de la geografía, consiste en un número finito, aunque elevado, de objetos. Y esto permite configurar las generalizaciones de la dogmática como el fruto de lo que llaman los lógicos «inducción perfecta», es decir, una inducción de hipótesis a partir de un número limitado de ejemplos, todos ellos examinables⁵³.

Todo ello hace aún más viable y clara que en cualquier otra ciencia empírica la distinción metateórica entre el lenguaje de la dogmática jurídica y el de la teoría del derecho como lenguajes pertenecientes a dos niveles de discurso diferentes —el primero observacional (de normas, no de cosas o de eventos), el segundo teórico— en virtud de los distintos criterios con arreglo a los cuales están elaborados. Los conceptos y los enunciados de la dogmática están contruidos, como se dijo en el § 2, mediante la interpretación o el *análisis del lenguaje legal*, es decir, a través de un instrumento que, habida cuenta de la naturaleza lingüística del universo normativo, desempeña en la ciencia jurídica el mismo papel que la observación experimental en las ciencias naturales. Los conceptos y los enunciados de la teoría del derecho están contruidos en cambio a través de hipótesis, abstracciones y convenciones susceptibles, aún en mayor medida que las de las demás teorías empíricas, de ser formalizadas y desarrolladas mediante el *método axiomático*. En este sentido la teoría del derecho que aquí se elaborará es una teoría formal: formal en tanto que axiomatizada y axiomatizable en tanto que formal.

Podemos comprender la diferencia y la distinción entre los dos lenguajes y los dos discursos justamente a través de esa profunda diversidad entre los procedimientos de formación tanto de sus conceptos como de sus enunciados. Los conceptos jurídicos de la dogmática son elaborados mediante *definiciones lexicográficas* o *redefiniciones*, es decir, mediante proposiciones encaminadas a esclarecer, a través del análisis lingüístico, el significado de las palabras correspondientes usadas por el legislador y normativamente establecido por ellas; de manera similar se forman las proposiciones jurídicas de la dogmática, que no son sino reformulaciones metalingüísticas de las proposiciones legislativas, con respecto a las cuales tienen por función clarificar su sentido e identificar y sistematizar su alcance normativo. Por el contrario, los conceptos jurídicos de la teoría del derecho, como se dijo en el § 5, son introducidos mediante *definiciones estipulativas* o *convencionales*, establecidas por el propio teórico y libremente asumidas por él a la vista de los fines explicativos que persigue la teoría; como son libremente asumidos los postulados que, junto con las definiciones, constituyen las premisas a partir de las cuales, si la teoría está organizada en forma axiomatizada, se desarrollan deductivamente todas las demás tesis o teoremas de la teoría⁵⁴.

Se comprenderá entonces de qué manera estos dos diferentes métodos de formación de los conceptos y los enunciados —exegético el uno, el otro lógico-deductivo, cognoscitivo el uno, constructivo el otro— dan lugar a dos lenguajes distintos, correspondientes a dos niveles diferentes de discurso y dotados de dos estatutos semánticos distintos. El lenguaje observacional de la dogmática, al estar dirigido al análisis del significado de las proposiciones normativas contenidas en las leyes, no es sino el metalenguaje jurídico en el que se reformula el lenguaje legal objeto de análisis, esto es, el mismo lenguaje común o natural usado por el legislador y convenientemente reconstruido por el intérprete. A la inversa, el

lenguaje teórico de la teoría del derecho, al carecer de referencia directa al discurso normativo, es un lenguaje artificial y convencional, es decir, enteramente construido por el teórico y como tal formalizable según una sintaxis rigurosamente predeterminada.

Algunos ejemplos pueden servir para aclararlo. Los términos «contrato», «compraventa», «mutuo», «posesión», «empresario comercial», «pequeño empresario», «hurto», «estafa», «peligrosidad social», etc., son términos observacionales que designan conceptos dogmáticos, dado que sus reglas de uso están establecidas por las mismas normas en las que son empleados en función directamente normativa (en los ejemplos propuestos, los artículos 1321, 1470, 1813, 1140, 2082 y 2083 del Código Civil y 624, 640 y 203 del Código Penal italiano). En muchos de estos casos las reglas de uso de dichos términos están dictadas expresamente por el legislador mediante normas o fragmentos de norma que tienen la forma de definiciones legislativas propiamente dichas. En otros casos están indirecta o implícitamente determinadas por los contextos normativos en los que aparecen los términos. En todos los casos, estos términos son nombres metalingüísticos de normas, cuyo sentido es inmediatamente (expresado por) una norma. Se sigue de ello que sus definiciones en sede dogmática consisten siempre en redefiniciones de los significados normativos asociables a los enunciados producidos por el legislador, aunque sea con los márgenes de incertidumbre y de opinabilidad que siempre están presentes en la interpretación de un texto lingüístico; y pueden configurarse por tanto como proposiciones susceptibles de ser consideradas como «jurídicamente verdaderas» o «falsas» por referencia a (o «con arreglo a») las normas interpretadas⁵⁵.

Completamente distinto es el estatuto semántico de términos como 'norma', 'ordenamiento', 'validez', 'efectividad', 'acto jurídico', 'ilícito', 'negocio jurídico', 'derecho subjetivo', 'poder', 'deber', 'persona', etc. Términos como éstos no designan entidades directamente identificables mediante el análisis del lenguaje legal. Y sería vano intentar definirlos a partir del léxico del legislador o investigar su significado a través de la identificación de los usos que eventualmente hacen de ellos los enunciados normativos. En esta teoría algunos de esos términos son, sin más, neologismos: como, por ejemplo, 'actuabilidad', 'norma tética', 'norma hipotética', 'acto formal', 'acto informal'; otros son términos del lenguaje común redefinidos como términos teóricos, como 'expectativa', 'ventaja', 'conformidad', 'coherencia' o 'razón social'; algunos más —como 'ordenamiento', 'negocio', 'efectividad'— ni siquiera son empleados en el lenguaje legal; y finalmente otros —como 'derecho subjetivo', 'obligación', 'ilícito', 'validez', etc.— no lo son en cualquier caso de manera vinculante para el jurista. Se trata pues, en todos los casos, de términos teóricos, que designan conceptos carentes de relación semántica inmediata con la realidad del derecho⁵⁶, ya sea éste observado desde dentro como norma o desde fuera como hecho, y que son introducidos no ya por reformulaciones metalingüísticas de normas, sino por convenciones

elaboradas por el teórico en función de su aptitud para explicar sistemáticamente los fenómenos observados en sede dogmática y/o sociológica. Así, por ejemplo, el concepto de ‘norma’ no es una noción cuya definición pueda depender del uso que eventualmente se haga de él en tal o cual texto legislativo. Es por el contrario una abstracción, esto es, un concepto teórico convencional cuya capacidad explicativa está determinada por su referencia semántica a los distintos tipos de normas —constitucionales, leyes ordinarias, leyes regionales, reglamentos, tratados internacionales— que cabe encontrar en uno o más ordenamientos. Lo mismo cabe decir del concepto de ‘acto’ respecto a fenómenos diversos como el contrato, la sentencia, la ley, la resolución administrativa, el acto ilícito o el acto de cumplimiento; o del concepto de ‘derecho subjetivo’ respecto al derecho de crédito, la propiedad, los derechos sociales o los derechos de libertad.

Este diferente estatuto epistemológico de los conceptos y enunciados de la dogmática y de la teoría del derecho trae consigo una diferencia en cuanto a sus criterios de control y de convalidación empírica. Mientras que las definiciones (lexicográficas) de los conceptos dogmáticos son susceptibles de un juicio, tan opinable como se quiera, de «verdad» o «falsedad jurídica» basado en su correspondencia empírica con los usos lingüísticos del legislador, no es posible un juicio semejante en relación con las definiciones (estipulativas) de los términos teóricos, de las que cabe tan sólo poner a prueba su alcance teórico y su capacidad explicativa respecto a los fenómenos designados y descritos por los correspondientes conceptos y enunciados de nivel dogmático o sociológico. Naturalmente, ni siquiera la distinción entre el lenguaje observacional de la dogmática y el teórico de la teoría del derecho, a pesar de ser más nítida que en otros lenguajes científicos, es una distinción rígida y absoluta. En efecto, muchos términos del vocabulario dogmático, con las oportunas advertencias, pueden ser redefinidos con provecho en sede teórica; y muchos términos del vocabulario teórico, cuando aparezcan con función normativa en el lenguaje legal, requieren a su vez definiciones dogmáticas vinculadas al uso que haya hecho de ellos el legislador. Pero se trata en cualquier caso, más allá de las soluciones que se adopten en estos supuestos dudosos, de dos niveles de lenguaje diferentes. La definición de un concepto y la justificación de una tesis de la dogmática exigen la lectura de los textos normativos que constituyen su base empírica. No tendría sentido, en cambio, buscar en dichos textos el significado o el fundamento de un concepto o de una tesis de la teoría. Por lo demás, resulta evidente que la dogmática está conectada a la teoría del derecho por el hecho de que constituye su principal interpretación semántica. Sus conceptos y sus tesis dan cuenta en efecto de la base empírica de la teoría, cuyo alcance, a su vez, viene dado por su capacidad explicativa del material doctrinal elaborado por la dogmática.

La frontera entre dogmática jurídica y teoría del derecho, por otra parte, es esencialmente de tipo metodológico y está ligada a los distintos

métodos de formación de los correspondientes conceptos y enunciados y no, desde luego, a las diferentes sedes o tipos de discurso en los que se adopten dichos métodos⁵⁷. Sucede así que los juristas dogmáticos no sólo usan —como es obvio, dado que las teorías jurídicas se construyen para ser usadas por los juristas— sino que a veces también construyen ellos mismos conceptos teóricos, por medio de definiciones estipulativas, en función de los fines explicativos que persiguen: piénsese en la teoría del negocio jurídico o en las muchas definiciones, propuestas en los manuales de derecho positivo, de los conceptos de «norma», «obligación», «derecho subjetivo» o «persona jurídica». Pero esto simplemente quiere decir que la dogmática no puede prescindir de la teoría, que a menudo dogmática y teoría están entremezcladas, y que, en definitiva, un buen jurista dogmático es también un teórico del derecho y en cualquier caso hace teoría del derecho, buena o mala, cuando propone definiciones de términos como «norma», «persona», «acto jurídico», «situación jurídica», «obligación», etc. Así como, a la inversa, la teoría no puede prescindir de la dogmática, esto es, del conocimiento de los concretos ordenamientos de cuyas estructuras se propone como teoría. En todo caso la divisoria entre lenguaje teórico y lenguaje dogmático resulta bastante menos incierta gracias al empleo del método axiomático, que obliga a la teoría a llevar a cabo opciones vinculantes y a permanecer fiel a las mismas, sin dejarse llevar por la tendencia a enumerar, descriptivamente, los distintos significados asociados a un mismo término por los usos jurídicos ordinarios o, peor aún, a utilizarlos en el propio discurso.

Lo que importa, en definitiva, es que se distinga el estatuto de los conceptos y de los discursos desarrollados y su diferente método de construcción, y no la sede en la que son utilizados. Y esto vale no sólo para la distinción entre teoría del derecho y dogmática jurídica, sino también entre teoría, sociología del derecho y filosofía de la justicia. Gran parte de los problemas y desacuerdos que han atravesado y atraviesan la cultura jurídica depende en efecto de la confusión entre cuestiones teóricas, cuestiones dogmáticas, cuestiones fenomenológicas o de hecho y cuestiones ético-políticas o de valor. Y se disuelve tan pronto como esas cuestiones son diferenciadas⁵⁸. Pero sería absurdo pretender que los discursos acerca del derecho son exclusivamente teóricos, o dogmáticos, o sociológicos, o axiológicos. Además de inevitable, que esos distintos tipos de discurso se entremezclen es, por el contrario, un banco de pruebas ineludible de su capacidad y fecundidad explicativas; a condición, eso sí, de que siempre quede claro el distinto carácter de su estatuto y fundamento.

10. *El método axiomático en la formación de los conceptos y de los enunciados teóricos*

La distinción entre dogmática jurídica y teoría del derecho como discursos de diferente nivel —perteneciente la una al nivel observacional y la

otra al nivel teórico de la ciencia jurídica— se manifiesta de la manera más clara y radical con la formalización y axiomatización del lenguaje teórico.

La dogmática jurídica, como se ha dicho en el párrafo precedente, es el conjunto de los conceptos y enunciados con los que se interpreta y reformula sistemáticamente el significado de los enunciados normativos expresados, en el ordenamiento investigado, por las autoridades competentes para la producción del derecho. Las definiciones de sus conceptos son redefiniciones lexicográficas y sus tesis son proposiciones interpretativas elaboradas, mediante el *análisis del lenguaje legal*, en un metalenguaje que, por así decirlo, toma «dogmáticamente» del legal sus reglas de uso. Esto debería ser suficiente para excluir la posibilidad, considerada por ejemplo por Norberto Bobbio⁵⁹, de instaurar en el nivel de la dogmática, mediante el análisis de los discursos normativos, un lenguaje jurídico riguroso según una sintaxis lógica preestablecida. El lenguaje legal, en efecto, aun configurándose como un específico lenguaje técnico⁶⁰, es institucionalmente un lenguaje «común», en el sentido en el que el adjetivo «común» se contrapone a los adjetivos «convencional», «artificial» o «formalizado». Y un lenguaje común no es susceptible de formalización, sino que tan sólo es analizable, como ocurre en las disciplinas jurídicas positivas, en un metalenguaje igualmente común aunque dotado de mayor claridad y precisión⁶¹. Y lo mismo puede decirse con mayor razón de las tesis de la sociología del derecho y de la filosofía de la justicia, formuladas también en el lenguaje común que es propio de todos los discursos de nivel observacional y valorativo.

La teoría del derecho, por el contrario, al estar elaborada en un lenguaje enteramente artificial y convencional, es un sistema de conceptos y enunciados que puede perfectamente ser organizado según una estructura formal rigurosa y exactamente preestablecida. Es esa organización de sus conceptos y enunciados la que el método axiomático puede llevar a cabo mediante la formalización del lenguaje en el que están formulados. Este método consta de cuatro tipos de operaciones: *a)* la estipulación de una serie de reglas de formación y de transformación del lenguaje teórico; *b)* la estipulación, según las reglas de formación preestablecidas, de un número restringido de conceptos no definidos, llamados por ello «conceptos primitivos», así como de proposiciones no derivadas de otras proposiciones de la teoría, llamadas por esa razón «postulados»; *c)* la definición, según las mismas reglas, del resto de los conceptos de la teoría por medio de los conceptos primitivos y/o de otros conceptos definidos a su vez con anterioridad; *d)* la derivación, según las reglas de transformación preestablecidas, del resto de las proposiciones de la teoría a partir de los postulados y/o de las definiciones y/o de otras proposiciones derivadas con anterioridad del mismo modo⁶².

Las reglas de formación y las reglas de transformación, enumeradas aquí en el § 12 y de modo más analítico en la Introducción al tercer volumen, forman en su conjunto la *sintaxis lógica* del lenguaje de la teoría.

Las primeras establecen los signos, expresados mediante símbolos, que se admiten en dicho lenguaje y las combinaciones en las que pueden ser usados en las proposiciones. Las segundas, expresadas simbólicamente mediante fórmulas, son las reglas lógicas que determinan las inferencias posibles entre las proposiciones y, por tanto, el conjunto de las operaciones —o *cálculo*— que pueden llevarse a cabo a partir de ellas. Sobre la base de las primeras se formulan los postulados de la teoría, mediante el uso de los términos primitivos, y las definiciones, mediante el uso de términos primitivos o definidos con anterioridad. Sobre la base de las segundas se derivan todas las demás tesis o teoremas de la teoría. Para los fines del cálculo, toda la teoría —postulados, definiciones y teoremas— está expresada, además de en el lenguaje ordinario, en el lenguaje simbólico determinado por su sintaxis. Pero todo el aparato simbólico, como se ha dicho desde las primeras páginas de esta Introducción, puede ser ignorado por el lector.

Es claro que la verdad de los teoremas con respecto a las premisas depende solamente de la corrección del cálculo. Toda la *teoría* así construida, por lo demás, es un sistema cuya validez depende únicamente de su coherencia lógica interna, con independencia de referencias semánticas directas y específicas. Pero es igualmente claro que, para que un sistema semejante pueda valer como teoría *del derecho*, confirmable sobre la base de la experiencia jurídica y apta para ofrecer modelos explicativos adecuados de la misma, ha de existir un nexo entre el nivel del lenguaje teórico en el que están elaborados sus conceptos y enunciados y el nivel observacional del lenguaje de la dogmática y/o de la sociología jurídica en el que aquella experiencia es analizada. Este nexo, ya se ha visto, queda asegurado —como ocurre en las demás teorías empíricas— por la *interpretación semántica o empírica* de la teoría, consistente en la idoneidad del lenguaje teórico-artificial para ser reducido al lenguaje observacional de la dogmática jurídica, si la interpretación es de tipo normativista, o de la sociología del derecho, si la interpretación es de tipo realista. Así, por ejemplo, el concepto teórico de ‘norma jurídica’, que aquí será definido como «regla producida por un acto jurídico» (D8.1), puede ser interpretado en sentido normativista con una proposición dogmática del tipo «se entiende por ‘norma’, en tal o cual ordenamiento, cualquier regla dictada por un acto normativo previsto en él como ‘fuente del derecho’»; pero también puede recibir una interpretación realista, a través de una proposición sociológica que haga referencia al hecho de que, respecto a dicha regla, «la exigencia general en favor de la conformidad es insistente» y «la presión social ejercida sobre quienes se desvían o amenazan con hacerlo es grande»⁶³.

El rasgo específico de la interpretación empírica de la teoría del derecho respecto a la de otras teorías es precisamente esta duplicidad de puntos de vista, normativista y realista, que puede adoptar: que es por otra parte su aspecto más interesante en el plano explicativo y más fecundo en el plano pragmático, habida cuenta de que tal duplicidad

afecta a los fenómenos normativos, susceptibles de ser contemplados al mismo tiempo como normas respecto a los actos que regulan y como actos normativos respecto a las normas que los regulan. Es precisamente esta ambivalencia semántica de su universo, como se ha visto en el § 3, lo que debe hacerse objeto de análisis por parte de la teoría del derecho de las actuales democracias constitucionales, articuladas en varios niveles normativos, a fin de dar cuenta de las antinomias, de las lagunas y en general de la divergencia que hay potencialmente entre normas de nivel inferior y normas de nivel superior, y por tanto de los perfiles de validez e invalidez de las primeras y, correlativamente, de efectividad e ineffectividad de las segundas.

No resulta superfluo añadir que el conjunto de los términos primitivos, de los postulados y de las definiciones teóricas constituye una premisa abierta, que puede ser modificada o ampliada, allí donde lo requiera el desarrollo de la teoría, con la introducción de nuevos términos primitivos y/o de nuevos postulados y/o de definiciones nuevas o diferentes. Es lo que he hecho en este trabajo en innumerables ocasiones. Cualquier dificultad en el desarrollo de la teoría es siempre señal de falta de adecuación o insuficiencia de las premisas, superable sólo corrigiéndolas o completándolas. Por otra parte, cualquier incremento del número de los términos primitivos o de los postulados produce un reforzamiento de la teoría, esto es, la posibilidad de desarrollos ulteriores de la misma y por consiguiente el aumento potencial de su capacidad explicativa. Naturalmente, para que se produzca un reforzamiento efectivo es necesario que los nuevos términos primitivos sean, además de no definidos, indefinibles, es decir, no definibles mediante otros términos (primitivos o definidos) de la teoría; y que los nuevos postulados, además de no demostrados, sean indemostrables, esto es, no deducibles a partir de otras tesis (primitivas o demostradas) de la teoría. La indefinibilidad y la indemostrabilidad son, por lo demás, las condiciones en presencia de las cuales se puede hablar precisamente de «términos primitivos» y «postulados».

Dado que la teoría es un sistema de proposiciones verdaderas para cualquier asignación de valor de verdad (verdadero o falso) a cada una de las expresiones contenidas en ella, la estipulación de los postulados y de las definiciones debe satisfacer además otras dos condiciones aún más importantes: que ningún postulado y ninguna tesis derivada o derivable sean la negación de uno de los postulados, en cuyo caso tendríamos simultáneamente una tesis verdadera y una tesis falsa; y que ninguna tesis, primitiva o derivada, esté formada por una única expresión simple, en cuyo caso asignarle el valor «falso» daría lugar a una tesis falsa. La falta de satisfacción de cualquiera de estas dos condiciones haría que todo el sistema teórico resultase inconsistente y permitiera por tanto la derivación de cualquier tesis: no sólo de todas las tesis verdaderas, sino también de todas las falsas.

11. *La fecundidad teórica del método axiomático*

Un defecto del lenguaje teórico ordinario de la ciencia jurídica es su extrema ambigüedad, generada por la indeterminación del significado extensional y por la imprecisión del significado intensional de gran parte de sus términos. Un lenguaje bimilenario, dotado de un léxico inmenso y polisémico como el transmitido por la tradición jurídica, es desde luego una riqueza. Lo es indudablemente en el plano de la dogmática, en el que resulta indispensable para el análisis lingüístico y la explicación sistemática de un discurso complejo y heterogéneo como es el del legislador. Pero en el plano teórico, por el contrario, si bien esta riqueza e imprecisión permiten una gran agilidad de movimientos, representan un obstáculo para la claridad, la coherencia y la capacidad explicativa de los conceptos y los enunciados y son una fuente inevitable de equívocos y falsos problemas.

El método axiomático, gracias a las constricciones impuestas al lenguaje y al discurso teórico por las reglas de formación y transformación estipuladas, impone en cambio opciones unívocas e informadas por la máxima economía en la formulación de los postulados y las definiciones, así como una rigurosa coherencia con los unos y las otras en el desarrollo de todo el discurso. Las operaciones más difíciles y exigentes son sin duda las que se refieren a la elección de los postulados y las definiciones. Una definición teórica, en particular, debe estipular con rigor las condiciones tanto necesarias como suficientes para el uso del término definido. Cuando se trata de conceptos particularmente complejos, no es fácil identificar todos sus rasgos necesarios. Pero más difícil aún es determinar sus requisitos suficientes, entre otras cosas porque el vocabulario del que se dispone, sobre todo en los primeros pasos de la teoría, es bastante elemental y limitado.

Más fácil puede parecer el desarrollo deductivo de la teoría. Una vez decididas las premisas, ya sean postulados o definiciones, tan sólo hay que permanecer fiel a las decisiones adoptadas y deducir todas sus implicaciones. Pero este deber de fidelidad obliga a construir los conceptos en función —y por tanto con la previsión— de todos sus usos subsiguientes y de todas las deducciones que pueden derivarse de sus definiciones. Toda definición, así como todo postulado, representa en efecto una opción vinculante que pesa sobre el desarrollo ulterior de la teoría, tanto por las implicaciones que permite como por las que excluye. Es un paso adelante que puede sin embargo ser equivocado, ya por estéril, ya porque comprometa demasiado. El desarrollo de la teoría opera de este modo como banco de pruebas de la bondad de las premisas. Si una tesis no deducible se considera verdadera, hay que ajustar la teoría en su conjunto completando o modificando sus postulados o definiciones, a fin de hacer posible su derivación. A la inversa, si una tesis se considera falsa, su eventual deducibilidad pone de manifiesto un error en las premisas que debe ser corregido. Pero en el curso de estos ajustes

también se puede descubrir que una tesis que parecía verdadera es en realidad, cuando se analiza más detenidamente, inadecuada, elíptica o incompleta, y viceversa.

Se comprenderá entonces que una teoría construida de este modo es como un mosaico o, si se prefiere, como un complicado edificio del que en primer lugar hay que poner los cimientos, alzar luego las paredes maestras y sólo después construir los tabiques y disponer los ornamentos interiores. Con la diferencia de que en el trabajo teórico no se dispone desde el principio ni del diseño completo ni de los materiales de construcción, y ni siquiera se sabe cuál será la forma definitiva del edificio. O por decirlo mejor, hay un diseño inicial, que es el que ha motivado la empresa: en este caso, una teoría del estado constitucional de derecho y de las técnicas de garantía de los derechos subjetivos, empezando por los fundamentales. Pero a medida que el trabajo avanza el diseño cambia, se hace más articulado y complejo y al final, en su forma originaria, resulta poco más que un borrador. En definitiva, es imposible construir una parte del conjunto sin haber construido antes las partes subyacentes.

De este modo se explica el carácter estratégico de las opciones realizadas con la estipulación de los postulados y las definiciones. Cada una de esas opciones, así como la exclusión de las posibles opciones alternativas, debería ser motivada por extenso a partir de los fines explicativos y la estrategia en que se inserta. Pero esto exigiría otro libro. Los criterios de selección, como se ha dicho en el § 5, son de lo más diverso: la mayor fidelidad posible en la definición de los conceptos al uso ordinario en la doctrina y la práctica jurídica; la fecundidad teórica de las opciones, a la vista de los desarrollos que pueden promover o excluir; la claridad y simplicidad, además de la importancia, de las tesis que están en condiciones de fundamentar; y finalmente, las hipótesis de trabajo que orientan las opciones, a la luz de los problemas que se consideran centrales y de las de carácter teórico-político que están tras ellas.

Aun arbitrarias y convencionales, las opciones —sobre todo cuando se refieren a los conceptos clave— no tienen sin embargo muchas alternativas y las más de las veces resultan (casi) obligadas. Al principio parecen abiertos varios caminos, cada uno con sus ventajas e inconvenientes. Pero la mayor parte de las ventajas y, sobre todo, de los inconvenientes se ponen de manifiesto en el desarrollo de la teoría: las primeras a través de confirmaciones reiteradas de la validez de la opción llevada a cabo y de lo inadecuado de las descartadas; los segundos, a través de la imposibilidad de alcanzar conclusiones que parecen manifestamente verdaderas o, peor aún, de la posibilidad de derivar tesis ostensiblemente absurdas. En estos casos se está obligado a cambiar. Y ello conlleva costes elevadísimos, tanto mayores cuanto más se refiera el cambio a tesis primitivas o en cualquier caso ampliamente utilizadas ya en el desarrollo del cálculo. Se trata en efecto, cada vez, de rectificar la secuencia completa de las tesis que tienen a la tesis vieja entre sus premisas y, en alguna ocasión, de sacrificar partes enteras de la teoría que se apoyaban en ella.

El cambio mismo, cuando se ha alcanzado un grado relativamente avanzado de elaboración, se torna por tanto altamente problemático: entre otras cosas porque no siempre se está en condiciones de prever todas las innovaciones que es capaz de producir. Y son frecuentes los casos en los que, al pasar por la prueba del cálculo, el cambio proyectado se revela infructuoso o incluso sumamente dañino y se ve uno forzado a volver sobre el camino anterior.

Sin embargo, a pesar de estas dificultades, el método axiomático es un potente instrumento de análisis. No sólo porque comporta la reconstrucción y la depuración de imprecisiones, sinonimias e incrustaciones ideológicas del conjunto del lenguaje teórico, sino además porque impone una reflexión sobre todo el ámbito de temas y problemas de la teoría. Equivale, por así decirlo, al método analítico aplicado a gran escala: no a cada uno de los conceptos, sino a todo el sistema de conceptos del que se sirve la teoría; no a cada problema, sino al universo del discurso teórico en su totalidad. Porque sirve para conectar en una red compleja todos los conceptos y problemas teóricos, permitiendo a cada uno de ellos servir de las definiciones y aprovecharse de las soluciones de los demás. Precisamente es en el conjunto de esas conexiones en lo que consiste la sintaxis lógica del discurso teórico construido gracias a aquél.

Y de ello resultan múltiples ventajas. Una primera ventaja esta ligada a los vínculos generados por las reglas de formación. Consiste en el uso constante de los conceptos —que son como los ladrillos de la construcción teórica y no pueden por tanto cambiarse a voluntad sin minar su estabilidad— sólo en el significado unívoco en el que han sido definidos. Se trata, como ya se ha dicho, de conceptos que tienen casi todos —a excepción de algún neologismo— una tradición milenaria, en el curso de la cual han sido empleados en los significados más diversos, a veces en los textos de un mismo autor, dando origen con frecuencia a engorrosos pseudoproblemas. El método axiomático, al hacer *tabula rasa* de los usos precedentes, redefine este material conceptual reduciéndolo a lo esencial, impidiendo las definiciones circulares, pasándolo a través del filtro de la formalización y estipulando así, por medio de la identificación para cada término de sus condiciones de uso tanto necesarias como suficientes, significados tan simples, claros y precisos como sea posible. Resultan así excluidas no sólo sus ambigüedades semánticas, recurrentes en el caso de definiciones vagas o incompletas, sino también las ambigüedades sintácticas, como son aquellas —tan frecuentes en los discursos jurídicos— que resultan del uso de un mismo término como predicado de clases de objetos diferentes⁶⁴. Piénsese en el uso de «norma» ya sea como acto, hecho o fuente normativa, como efecto de un acto normativo o como regla o significado prescriptivo; o en el de «sanción», bien como prescripción de un acto aflictivo, bien como sujeción a un acto aflictivo; o en el de «patrimonio», ya como conjunto de bienes, ya como conjunto de derechos patrimoniales. Además, al traer consigo el uso de cada término únicamente en el significado convenido, el método

axiomático impide sus deslizamientos semánticos —por asonancia, por analogía, por alusiones metafóricas— que llevan a confundir, más que a distinguir, los conceptos y con ellos los fenómenos designados. Piénsese en los usos y abusos de términos como «derecho subjetivo», «libertad», «autonomía», «propiedad», «persona», «ciudadano», etc., que, como se mostrará, han permitido según los casos excluir o incluir de distintos modos en el mismo concepto, y a menudo en la misma disciplina, fenómenos diversos y a veces opuestos y avalar así operaciones ideológicas y políticas de alcance histórico.

Hay además un segundo tipo de ventajas, ligado a las constricciones generadas por las reglas de transformación. Precisamente el carácter imperativo del cálculo trae consigo que el descubrimiento y la inventiva acompañen siempre al control lógico y se entremezclen con él⁶⁵. En efecto, la aceptación de las premisas implica deductivamente la aceptación de todas las tesis que derivan de ellas. Y la aceptación y la defensa de las tesis derivadas conllevan —abductivamente, por así decirlo— la aceptación o, por lo menos, la confirmación de las premisas. A la inversa, el rechazo o la puesta en tela de juicio de las premisas trae consigo el cuestionamiento de las tesis derivadas. Y el rechazo de las tesis derivadas implica el rechazo y, por consiguiente, el cambio de las premisas. Por tanto, se procede inevitablemente mediante prueba y error. Si con las premisas de las que se dispone no se consigue ir adelante, esto es, no se puede derivar tesis que se consideran verdaderas y en cualquier caso irrenunciables, hay dos posibilidades. O bien las premisas son erróneas o insuficientes, y entonces es preciso corregirlas o completarlas. Y aquí interviene un primer tipo de descubrimiento. O bien nos damos cuenta de que son las tesis que se intentaba derivar por considerarlas verdaderas e irrenunciables las que son en realidad inadecuadas y en definitiva equivocadas, por ejemplo porque esconden confusiones conceptuales o aporías no resueltas, y entonces hay que abandonar el intento y proseguir por otros caminos. Y también éste es un descubrimiento. En todo caso las ideas fuertes de la teoría tienden siempre a abrirse camino, incluso contra los prejuicios y resistencias generadas por las formulaciones iniciales de las asunciones primitivas. Son bien pocos, por otra parte, los postulados y definiciones de esta teoría que no hayan sido modificados varias veces respecto a su formulación originaria, a la luz de las implicaciones aceptables o inaceptables que, según los casos, dicha formulación estaba o no en condiciones de permitir.

De ello se sigue una tercera e importante ventaja: la separación neta entre tesis primitivas y tesis derivadas generada por la distinción entre *asunción* de las primeras y *demonstración* de las segundas. Esta separación permite aislar las cuestiones controvertidas, aclarar los términos de los problemas, orientar y facilitar las críticas y el debate teórico. En efecto, si es verdad que todas las tesis derivadas se siguen lógicamente de sus premisas, entonces es sólo a las tesis no derivadas, es decir, a los postulados y a las definiciones, a las que cabe dirigir las críticas y las

propuestas de revisión o corrección. En otras palabras, no tiene sentido rechazar o criticar un teorema sin implicar en la crítica a alguna de las premisas primitivas de las que, directa o indirectamente, ha sido derivado. Y a la inversa, la crítica de una tesis primitiva y la propuesta de otra alternativa a ella, ya sea un postulado o una definición, conllevan la carga de modificar toda la cadena de teoremas que tienen como premisas la tesis criticada y/o alguna de las tesis derivadas de ella. La distinción entre asunciones y derivaciones sirve así para exponer claramente a la crítica y la discusión —por inadecuadas, desorientadoras, incompletas o redundantes— todas las tesis primitivas y sólo ellas (en nuestro caso los 16 postulados y las 274 definiciones), haciendo así posible que se pongan de relieve en cada caso los nudos problemáticos de la teoría y haciendo explícitas y transparentes sus opciones y estipulaciones iniciales.

En definitiva, el método axiomático es esencialmente una herramienta del razonamiento, tanto más preciosa cuanto más complejo y extenso sea el sistema teórico elaborado. Sirve para determinar los problemas, para no eludir sus dificultades, para orientar y controlar sus soluciones imponiéndolas en todo caso como condiciones para proseguir. En una teoría axiomatizada todos los problemas se ponen de manifiesto tarde o temprano y ninguno puede dejarse de lado. Antes o después un problema eludido o una dificultad relegada vuelven a obstaculizar el desarrollo de la teoría y se imponen a la reflexión exigiendo ser afrontados y resueltos, so pena de parálisis en todo paso ulterior. El cálculo, por otra parte, es el banco de pruebas de las soluciones alcanzadas, muy a menudo distintas de las concebidas inicialmente. A veces se llega con él hasta el fondo de lo que parecía un camino maestro antes de darse cuenta, al pasar por la prueba del cálculo, de que se trata de un callejón sin salida y hay que volver atrás. Otras veces se abandona un camino correcto y, tras haber vagado inútilmente, se vuelve al antiguo camino, que mientras tanto se ha revelado el mejor. A menudo una solución largamente buscada se revela una paradoja. Aunque sea al precio de correcciones y ajustes continuos, el cálculo permite en definitiva la máxima simplificación del lenguaje y de los conceptos, el análisis del significado y el control lógico de todas las tesis derivadas, la justificación y la valoración extralógica de los postulados y de las definiciones a la vista de las consecuencias que están en condiciones de fundamentar, la superación, con frecuencia, de las numerosas aporías y paralogismos teóricos e ideológicos que se esconden tras el uso del lenguaje común.

Este procedimiento, justamente por lo que tiene de laborioso, a la vez que sirve para encarrilar el razonamiento sobre raíles bien comprobados, favorece por otra parte el análisis conceptual y suscita la imaginación y la inventiva teórica. Permite en efecto verificar lo que hay de válido en cada hipótesis de trabajo, por provisional y aproximativa que sea: por ejemplo, aislar en la definición de un término un rasgo necesario pero no suficiente y que por tanto ha de ser completado, o descubrir un rasgo no necesario y que por consiguiente debe ser eliminado. Por eso

toda revisión o integración de la teoría equivale siempre a un progreso y a menudo a un descubrimiento: de una insuficiencia o de una redundancia en las viejas premisas y, a la vez, de un aspecto o de una implicación antes ignorados o pasados por alto en el análisis del fenómeno investigado. Al mismo tiempo, al ser la teoría un sistema abierto cuyas premisas siempre pueden ser puestas a prueba, ampliadas o cambiadas, está llamada a crecer sobre sí misma: cuanto más se enriquecen su vocabulario y la red de sus enunciados, mayores resultan, además de su alcance empírico, sus posibilidades de control, de corrección, de precisión y de desarrollo hacia ámbitos y sectores cada vez más específicos del universo jurídico. En suma, el método axiomático hace posible el progreso de la teoría, lo que es desde siempre el rasgo distintivo de la ciencia.

Finalmente, un último orden de consideraciones se refiere al cálculo. Como dije al comienzo, no es en absoluto necesario seguir y comprender sus desarrollos, a menudo complejos e intrincados. Ni siquiera es necesario leer en el texto las formulaciones de las tesis en lenguaje simbólico, al estar todas traducidas al lenguaje común. A pesar de ello la lectura del libro resultará ardua, al menos al principio. El cálculo, en efecto, condiciona inevitablemente el texto, haciéndolo a veces complicado, puntilloso y prolijo. Pero por largo, aburrido y tal vez ilegible que resulte para la mayor parte de los lectores, resulta sin embargo esencial, puesto que se identifica con la teoría misma y no sólo con su técnica de construcción. En efecto, como ya dije en el Prefacio, el texto en lenguaje común es simplemente su traducción, explicación y comentario, a menudo sumarios y aproximativos. Naturalmente no todo el texto es comentario. Pero tampoco todo el cálculo está comentado, al ser imposible, como se ha dicho, una justificación analítica y completa de todas las opciones realizadas en la formulación de las premisas. Por lo demás, al ser la que aquí se propone no una mera secuencia sino una red de conceptos, se puede empezar a leerla por cualquier punto. Si las primeras partes parecieran prolijas, se podrá empezar la lectura por la parte segunda o la tercera, o mejor aún por la cuarta, dedicada a la democracia y no formalizada, en la que el cálculo está ausente. Los nexos con las partes precedentes quedan explicitados por el reenvío a las tesis que se van utilizando y, en las tres primeras partes, por la indicación, junto a cada una de las tesis expresadas en lenguaje simbólico, de aquellas de las que es derivada.

El cálculo, por otra parte, confiere orden sistemático al discurso teórico en su conjunto. Gracias a él se numerarán las 1969 tesis de la teoría: los 16 postulados con numeración correlativa desde P1 a P16, las 274 definiciones y los 1679 teoremas con el número del capítulo en el que se introducen, seguido por la numeración correlativa dentro del capítulo: por ejemplo, la definición D8.4 de ‘norma hipotética’ es la cuarta definición introducida en el capítulo VIII; la tesis T9.16 acerca de la naturaleza lingüística de los ‘actos formales’, ya sean negocios o resoluciones, es el decimosexto teorema demostrado en el capítulo IX.

De cada teorema me limitaré a indicar en el texto, a la derecha de su formulación en lenguaje simbólico, las premisas (postulados, definiciones y/o teoremas) de las que se deriva. La exposición del cálculo, esto es, de la axiomatización de la teoría, con la enumeración de todas las reglas de formación y de transformación y con la demostración de todas las tesis derivadas, está contenida en cambio —como se dijo al comienzo— en el tercer volumen, *La sintaxis del derecho*, a fin de permitir al lector que lo utilice para ulteriores desarrollos posibles. Aquí me limitaré a hacer una relación sólo de las reglas necesarias para hacer posible la lectura de las tesis formuladas en el lenguaje simbólico.

12. Las reglas del lenguaje de la teoría

Defino la *sintaxis* de nuestro lenguaje en un metalenguaje no formalizado, enumerando el conjunto de símbolos que lo integran y que forman el *vocabulario* de la teoría, enunciando las *reglas de formación* con arreglo a las cuales pueden ser combinados en expresiones bien formadas y remitiendo, para cuanto se refiere a las *reglas de transformación*, al conjunto de axiomas, reglas y leyes lógicas que se formularán en la Introducción al ya citado tercer volumen⁶⁶.

12.1. *El vocabulario*. El vocabulario de nuestro lenguaje es el conjunto de los *signos descriptivos* y de los *signos lógicos* representados por símbolos destinados a ser combinados en ‘enunciados’, así como de los *signos auxiliares* como los paréntesis ‘(’ y ‘)’ utilizados para combinar los ‘enunciados simples’ en ‘enunciados compuestos’.

12.1.1. *Los signos descriptivos*. Se dividen en *variables individuales* o *subjetivas* o *sujetos*, expresados por letras minúsculas marcadas a veces por superíndices distintivos (como $x, y, z, w, r, s, x', x'', y', y'', x_0, x_1, x_2, y_0, y_1, y_2$, etc.)⁶⁷, y *constantes predicativas* o *predicados*, expresados por tres letras mayúsculas que figuran en la parte inicial de su nombre en italiano (como PER para ‘permitido’, FCO para ‘facultativo’, FAC para ‘facultad’, OBL para ‘obligación’, ATT para ‘acto’, CAU para ‘causa’, NOR para ‘norma’, SOG para ‘sujeto’, etc.). Las constantes predicativas son los *términos* en sentido propio de la teoría, de los que 16 se introducen como *primitivos* y todos los demás, que son 274, mediante *definiciones*. Se enumeran a continuación, junto a los correspondientes vocablos italianos de los que procede su formulación simbólica, en el orden en que serán introducidos:

A) *Términos primitivos:*

permitido [*permesso*] (PER)
 comportamiento [*comportamento*]
 (COM)
 modalidad [*modalità*] (MOD)
 expectativa [*aspettativa*] (ASP)
 interés [*interesse*] (INT)
 estatus [*status*] (STA)
 sujeto [*soggetto*] (SOG)
 objeto [*oggetto*] (OGG)
 significado (prescriptivo) [*significato*
 (*prescrittivo*)] (SIG)
 regla [*regola*] (REG)
 conjunto [*insieme*] (INS)
 causa [*causa*] (CAU)
 constituyente [*costituente*] (COS)
 constatación [*accertamento*] (ACC)
 fuerza [*forza*] (FZA)
 democrático [*democratico*] (DEM)

B) *Términos definidos:*

D1.1 facultativo [*facoltativo*] (FCO)
 D1.2 prohibido [*vietato*] (VIE)
 D1.3 obligatorio [*obbligatorio*] (OBB)
 D1.4 vinculado [*vincolato*] (VIN)

D2.1 permiso positivo [*permissione*
positiva] (PEM)
 D2.2 permiso negativo [*permissione*
negativa] (PEM⁺)
 D2.3 facultad [*facoltà*] (FAC)
 D2.4 obligación [*obbligo*] (OBL)
 D2.5 prohibición [*divieto*] (DIV)
 D2.6 imperativo [*imperativo*] (IMR)
 D2.7 actuación [*attuazione*] (ATZ)
 D2.8 ejercicio [*esercizio*] (ESE)
 D2.9 obediencia [*ottemperanza*]
 (OTT)
 D2.10 desobediencia [*inottemperanza*]
 (INO)
 D2.11 satisfacción [*soddisfazione*]
 (SOD)
 D2.12 violación [*violazione*] (VIO)
 D2.13 efectividad [*effettività*] (ETT)
 e inefectividad [*ineffettività*]
 (INE) de las facultades, las
 obligaciones y las expectativas
 positivas
 D2.14 efectividad [*effettività*] (ETT)
 e inefectividad [*ineffettività*]

(INE) de las prohibiciones y
 las expectativas negativas

D3.1 autor [*autore*] (AUT)
 D3.2 titular [*titolare*] (TIT)
 D3.3 imputado [*imputato*] (IMP)
 D3.4 relación deóntica [*rapporto*
deontico] (RAD)
 D3.5 garantía [*garanzia*] (GAR)
 D3.6 garantía positiva [*garanzia posi-*
tiva] (GPO)
 D3.7 garantía negativa [*garanzia ne-*
gativa] (GNE)
 D3.8 colectivo [*collettivo*] (COL)
 D3.9 ventaja [*vantaggio*] (VAN)
 D3.10 desventaja [*svantaggio*] (SVA)
 D3.11 cosa [*cosa*] (COA)
 D3.12 uso [*uso*] (USO)
 D4.1 signo [*segno*] (SEG)
 D4.2 precepto [*precetto*] (PRE)
 D4.3 prescripción [*prescrizione*] (PRS)
 D4.4 precepto deóntico [*precetto*
deontico] (PDE)
 D4.5 precepto constitutivo [*precetto*
costitutivo] (PCO)
 D4.6 regla tética [*regola tetica*] (RTE)
 D4.7 regla hipotética [*regola ipoteti-*
ca] (RIP)
 D4.8 regla deóntica [*regola deontica*]
 (RDE)
 D4.9 regla constitutiva [*regola costi-*
tutiva] (RCO)
 D4.10 observancia [*osservanza*] (OSS)
 D4.11 inobservancia [*inosservanza*]
 (IOS)
 D4.12 efectividad de grado *n* [*effetti-*
ività di grado n] (ETTⁿ)
 D4.13 inefectividad de grado *n* [*in-*
effettività di grado n] (INEⁿ)
 D5.1 efecto [*effetto*] (EFF)
 D5.2 acto [*atto*] (ATT)
 D5.3 eficacia [*efficacia*] (EFC)
 D5.4 grado supraordenado [*grado*
sopraordinato] (GSO)
 D5.5 grado subordinado [*grado sub-*
ordinato] (GSU)
 D5.6 relación de grado [*relazione di*
grado] (RGR)

- D6.1 situación [*situazione*] (SIT)
 D6.2 actuabilidad [*attuabilità*] (ATB)
 D6.3 situación activa [*situazione attiva*] (SIA)
 D6.4 situación pasiva [*situazione passiva*] (SIP)
 D6.5 prueba [*prova*] (PRV)
 D6.6 interpretación [*interpretazione*] (INP)

 D7.1 estatus jurídico [*status giuridico*] (STG)
 D7.2 personalidad [*personalità*] (PTA)
 D7.3 persona [*persona*] (PES)
 D7.4 sujeto jurídico [*soggetto giuridico*] (SGG)
 D7.5 persona natural [*persona naturale*] (PNA)
 D7.6 persona artificial [*persona artificiale*] (PAR)
 D7.7 capacidad de obrar [*capacità d'agire*] (CPA)
 D7.8 capacidad jurídica [*capacità giuridica*] (CPG)
 D7.9 capaz de obrar [*capace d'agire*] (CAA)
 D7.10 capaz jurídicamente [*capace giuridicamente*] (CAG)
 D7.11 relación jurídica [*rapporto giuridico*] (RAG)
 D7.12 representación [*rappresentanza*] (RAP)
 D7.13 representante [*rappresentante*] (RNT)
 D7.14 representado [*rappresentato*] (RTO)
 D7.15 órgano [*organo*] (ORG)
 D7.16 pueblo [*popolo*] (POP)
 D7.17 ciudadano [*cittadino*] (CIT)
 D7.18 ciudadanía [*cittadinanza*] (CTZ)
 D7.19 bien [*bene*] (BEN)
 D7.20 bien material [*bene materiale*] (BMA)
 D7.21 bien inmaterial [*bene immateriale*] (BIM)

 D8.1 norma [*norma*] (NOR)
 D8.2 fuente [*fonte*] (FON)
 D8.3 norma tética [*norma tetica*] (NTE)

 D8.4 norma hipotética [*norma ipotetica*] (NIP)
 D8.5 norma deóntica [*norma deontica*] (NDE)
 D8.6 norma constitutiva [*norma costitutiva*] (NCO)
 D8.7 norma adscriptiva [*norma ascrivita*] (NAS)
 D8.8 norma atributiva [*norma attributiva*] (NAT)
 D8.9 norma imperativa [*norma imperativa*] (NIM)
 D8.10 norma institutiva [*norma istitutiva*] (NIS)
 D8.11 instituto [*istituto*] (IST)
 D8.12 ordenamiento [*ordinamento*] (ORD)
 D8.13 norma de reconocimiento [*norma di riconoscimento*] (NRI)
 D8.14 razón social [*ragione sociale*] (RAS)
 D8.15 institución [*istituzione*] (ISZ)
 D8.16 acto institutivo [*atto istitutivo*] (AIS)

 D9.1 forma [*forma*] (FOR)
 D9.2 acto formal [*atto formale*] (AFO)
 D9.3 acto informal [*atto informale*] (AIN)
 D9.4 ilícito [*illecito*] (ILL)
 D9.5 cumplimiento [*adempimento*] (ADE)
 D9.6 incumplimiento [*inadempimento*] (INA)
 D9.7 acto preceptivo [*atto precettivo*] (APR)
 D9.8 acto instrumental [*atto strumentale*] (AST)
 D9.9 decisión [*decisione*] (DEC)
 D9.10 acto constitutivo [*atto costitutivo*] (ACO)
 D9.11 norma formal [*norma formale*] (NFO)
 D9.12 norma sustantiva [*norma sostanziale*] (NSO)
 D9.13 norma sobre la producción [*norma sulla produzione*] (NPR)
 D9.14 conformidad [*conformità*] (COF)

- D9.15 coherencia [*coerenza*] (COE)
 D9.16 vigencia [*vigore*] (VIG)
 D9.17 validez [*validità*] (VAL)
 D9.18 validez formal [*validità formale*] (VAF)
 D9.19 validez sustancial [*validità sostanziale*] (VAS)
 D9.20 invalidez [*invalidità*] (INV)
 D9.21 invalidez formal [*invalidità formale*] (IVF)
 D9.22 invalidez sustancial [*invalidità sostanziale*] (IVS)
 D9.23 vicio [*vizio*] (VIZ)
 D9.24 vicio de forma [*vizio di forma*] (VIF)
 D9.25 vicio de sustancia [*vizio di sostanza*] (VIS)
 D9.26 legitimidad [*legittimità*] (LGT)
 D9.27 ilegitimidad [*illegittimità*] (ILG)
 D9.28 legitimidad formal [*legittimità formale*] (LGF)
 D9.29 ilegitimidad formal [*illegittimità formale*] (ILF)
 D9.30 legitimidad sustancial [*legittimità sostanziale*] (LGS)
 D9.31 ilegitimidad sustancial [*illegittimità sostanziale*] (ILS)
 D9.32 anulabilidad [*annullabilità*] (ANB)
 D9.33 anulación [*annullamento*] (ANN)
 D9.34 aplicación [*applicazione*] (APL)
 D9.35 respeto [*rispetto*] (RIS)
 D9.36 aplicación formal [*applicazione formale*] (APF)
 D9.37 aplicación sustancial [*applicazione sostanziale*] (APS)
 D9.38 correspondencia [*corrispondenza*] (COR)
 D9.39 subsunción [*sussunzione*] (SUS)
 D10.1 poder [*potere*] (POT)
 D10.2 deber [*dovere*] (DOV)
 D10.3 carga [*onere*] (ONE)
 D10.4 poder constitutivo [*potere costitutivo*] (PCS)
 D10.5 poder decisional [*potere decisionale*] (PDC)
 D10.6 función [*funzione*] (FUN)
 D10.7 potestad [*potestà*] (PTS)
 D10.8 representación orgánica [*rappresentanza organica*] (RAO)
 D10.9 funcionario [*funzionario*] (FUZ)
 D10.10 competencia [*competenza*] (CPZ)
 D10.11 norma de competencia [*norma di competenza*] (NCP)
 D10.12 designación [*designazione*] (DES)
 D10.13 votación [*votazione*] (VOZ)
 D10.14 voto [*voto*] (VOT)
 D10.15 elección [*elezione*] (ELE)
 D10.16 nombramiento [*nomina*] (NOM)
 D10.17 estatuto [*statuto*] (STT)
 D10.18 prestación [*prestazione*] (PRT)
 D10.19 lesión [*lesione*] (LES)
 D10.20 derecho subjetivo [*diritto soggettivo*] (DIR)
 D10.21 derechos positivos [*diritti positivi*] (DPO)
 D10.22 derechos negativos [*diritti negativi*] (DNE)
 D10.23 derechos de inmunidad [*diritti di immunità*] (DIM)
 D10.24 derechos-facultad [*diritti facoltativi*] (DIF)
 D10.25 derechos-potestad [*diritti potestativi*] (DIP)
 D10.26 derechos activos [*diritti attivi*] (DAT)
 D10.27 derechos pasivos [*diritti passivi*] (DPS)
 D10.28 deber positivo [*dovere positivo*] (DOP)
 D10.29 deber negativo [*dovere negativo*] (DON)
 D10.30 universal [*universale*] (UNI)
 D10.31 singular [*singolare*] (SIN)
 D10.32 absoluto [*assoluto*] (ASS)
 D10.33 relativo [*relativo*] (REL)
 D10.34 condena [*condanna*] (CON)
 D10.35 sanción [*sanzione*] (SAN)
 D10.36 responsabilidad [*responsabilità*] (RES)
 D10.37 responsabilidad pasiva [*responsabilità passiva*] (REP)

- D10.38 responsabilidad activa [*responsabilità attiva*] (REA)
- D10.39 garantía primaria [*garanzia primaria*] (GAP)
- D10.40 garantía secundaria [*garanzia secondaria*] (GAS)
- D10.41 norma primaria [*norma primaria*] (NOP)
- D10.42 norma secundaria [*norma secondaria*] (NOS)
- D10.43 antinomia [*antinomia*] (ANT)
- D10.44 laguna [*lacuna*] (LAC)
- D10.45 laguna formal [*lacuna formale*] (LAF)
- D10.46 laguna sustancial [*lacuna sostanziale*] (LAS)
- D10.47 laguna primaria [*lacuna primaria*] (LPR)
- D10.48 laguna secundaria [*lacuna secondaria*] (LSE)
- D10.49 efectividad primaria [*effettività primaria*] (EFP)
- D10.50 ineffectividad primaria [*ineffettività primaria*] (IFP)
- D10.51 efectividad secundaria [*effettività secondaria*] (EFS)
- D10.52 ineffectividad secundaria [*ineffettività secondaria*] (IFS)
- D10.53 ineffectividad estructural [*ineffettività strutturale*] (ITT)
- D10.54 ineffectividad estructural primaria [*ineffettività strutturale primaria*] (ITP)
- D10.55 ineffectividad estructural secundaria [*ineffettività strutturale secondaria*] (ITS)
- D11.1 derechos fundamentales [*diritti fondamentali*] (DFO)
- D11.2 derechos de la persona [*diritti della persona*] (DDP)
- D11.3 derechos del ciudadano [*diritti del cittadino*] (DDC)
- D11.4 derechos primarios [*diritti primari*] (DPR)
- D11.5 derechos secundarios [*diritti secondari*] (DSE)
- D11.6 derechos humanos [*diritti umani*] (DUM)
- D11.7 derechos públicos [*diritti pubblici*] (DPU)
- D11.8 derechos civiles [*diritti civili*] (DCI)
- D11.9 derechos políticos [*diritti politici*] (DPL)
- D11.10 derechos sociales [*diritti sociali*] (DSO)
- D11.11 derechos individuales [*diritti individuali*] (DIN)
- D11.12 libertades frente a [*libertà da*] (LDA)
- D11.13 libertades de [*libertà di*] (LDI)
- D11.14 autonomía [*autonomia*] (AUN)
- D11.15 libertad [*libertà*] (LIB)
- D11.16 autonomía civil [*autonomia civile*] (AUC)
- D11.17 autonomía política [*autonomia politica*] (AUP)
- D11.18 disponible [*disponibile*] (DIS)
- D11.19 derechos patrimoniales [*diritti patrimoniali*] (DPA)
- D11.20 derechos reales [*diritti reali*] (DRE)
- D11.21 derechos personales [*diritti personali*] (DPE)
- D11.22 obligación civil [*obbligazione*] (OBZ)
- D11.23 negocio [*negozio*] (NEG)
- D11.24 límites fundamentales [*limiti fondamentali*] (LFO)
- D11.25 vínculos fundamentales [*vincoli fondamentali*] (VFO)
- D11.26 deberes fundamentales [*doveri fondamentali*] (DFO)
- D11.27 bienes patrimoniales [*beni patrimoniali*] (BPA)
- D11.28 bienes fundamentales [*beni fondamentali*] (BFO)
- D11.29 bienes personalísimos [*beni personalissimi*] (BPE)
- D11.30 bienes comunes [*beni comuni*] (BCO)
- D11.31 bienes sociales [*beni sociali*] (BSO)
- D11.32 bienes demaniales [*beni demaniali*] (BDE)
- D11.33 bienes ilícitos [*beni illeciti*] (BIL)

- D11.34 instituciones ilícitas [*istituzioni illecite*] (ISI)
- D11.35 igualdad [*uguaglianza*] (UGU)
- D11.36 esfera pública [*sfera pubblica*] (SPU)
- D11.37 esfera privada [*sfera privata*] (SPR)
- D11.38 función pública [*funzione pubblica*] (FPU)
- D11.39 función privada [*funzione privata*] (FPR)
- D11.40 institución pública [*istituzione pubblica*] (ISP)
- D11.41 institución privada [*istituzione privata*] (IPR)
- D11.42 función legislativa [*funzione legislativa*] (FUL)
- D11.43 función administrativa [*funzione amministrativa*] (FUA)
- D11.44 función judicial [*funzione giudiziaria*] (FUG)
- D12.1 poder constituyente [*potere costituente*] (POC)
- D12.2 poderes constituidos [*poteri costituiti*] (PCT)
- D12.3 acto constituyente [*atto costituyente*] (ACT)
- D12.4 representación política [*rappresentanza politica*] (RPP)
- D12.5 división del poder [*divisione del potere*] (DVP)
- D12.6 división orgánica [*divisione organica*] (DVO)
- D12.7 división funcional [*divisione funzionale*] (DVF)
- D12.8 separación de los poderes [*separazione dei poteri*] (SEP)
- D12.9 separación orgánica [*separazione organica*] (SEO)
- D12.10 separación funcional [*separazione funzionale*] (SEF)
- D12.11 funciones de gobierno [*funzioni di governo*] (FUG)
- D12.12 funciones de garantía [*funzioni di garanzia*] (FGA)
- D12.13 funciones de garantía primaria [*funzioni di garanzia primaria*] (FGP)
- D12.14 funciones de garantía secundaria [*funzioni di garanzia secondaria*] (FGS)
- D12.15 instituciones de gobierno [*istituzioni di governo*] (IGO)
- D12.16 instituciones de garantía [*istituzioni di garanzia*] (IGA)
- D12.17 instituciones de garantía primaria [*istituzioni di garanzia primaria*] (IGP)
- D12.18 instituciones de garantía secundaria [*istituzioni di garanzia secondaria*] (IGS)
- D12.19 jurisdicción [*giurisdizione*] (GIU)
- D12.20 paz [*pace*] (PAC)
- D12.21 derechos vitales [*diritti vitali*] (DVI)
- D12.22 constitución [*costituzione*] (CST)
- D12.23 democracia constitucional [*democrazia costituzionale*] (DCO)
- D12.24 normas constitucionales [*norme costituzionali*] (NCS)
- D12.25 acto legislativo [*atto legislativo*] (ALE)
- D12.26 ley [*legge*] (LGG)
- D12.27 norma legal [*norma di legge*] (NLE)
- D12.28 garantías constitucionales [*garanzie costituzionali*] (GCO)
- D12.29 garantías constitucionales primarias [*garanzie costituzionali primarie*] (GCP)
- D12.30 garantías constitucionales secundarias [*garanzie costituzionali secondarie*] (GCS)
- D12.31 fuente formal [*fonte formale*] (FOF)
- D12.32 fuente informal [*fonte informale*] (FOI)
- D12.33 costumbre [*consuetudine*] (CNS)
- D12.34 democracia formal [*democrazia formale*] (DCF)
- D12.35 democracia sustancial [*democrazia sostanziale*] (DCZ)
- D12.36 democracia política [*democrazia politica*] (DCP)

D12.37 democracia civil [<i>democrazia civile</i>] (DCC)	D12.41 institución derivada [<i>istituzione derivata</i>] (ISD)
D12.38 democracia liberal [<i>democrazia liberale</i>] (DCL)	D12.42 federación [<i>federazione</i>] (FED)
D12.39 democracia social [<i>democrazia sociale</i>] (DCS)	D12.43 institución federada [<i>istituzione federata</i>] (IFT)
D12.40 institución originaria [<i>istituzione originaria</i>] (ISO)	D12.44 confederación [<i>confederazione</i>] (CFZ)

12.1.2. *Los signos lógicos.* Los signos lógicos se dividen en *conectivas*, *cuantificadores* y *operadores modales*.

Las conectivas son: la *negación*, expresada por el símbolo ‘ \neg ’ (‘no’); la *conjunción*, expresada por el símbolo ‘ \cdot ’ (‘y’); la *disyunción*, expresada por el símbolo ‘ \vee ’ (‘o’); el *condicional* (o *implicación material*), expresado por el símbolo ‘ \rightarrow ’ (‘si... entonces’); la *equivalencia*, expresada por el símbolo ‘ \equiv ’ (‘si y sólo si’).

Los cuantificadores son el *cuantificador universal* ‘ (x) ’ (‘para todo x vale que’) y el *cuantificador existencial* ‘ $(\exists x)$ ’ (‘hay al menos un x tal que’).

Los operadores modales son el *operador de posibilidad* ‘ M ’ (‘es posible que’) y el *operador de necesidad* ‘ L ’ (‘es necesario que’).

Hay, finalmente, un operador específico —‘ \perp ’— que será utilizado delante de la variable subjetiva ‘ x ’ para designar su omisión.

12.2. *Las reglas de formación.* Son las reglas conforme a las cuales se pueden formular, por medio de la combinación de signos, *expresiones o fórmulas bien formadas*. Se distinguen cuatro tipos de expresiones bien formadas que se atienden a otras tantas clases de reglas de formación: los *enunciados simples*, los *enunciados compuestos*, los *enunciados generales* y los *enunciados modales*.

Los enunciados simples o atómicos son expresiones formadas por una constante predicativa seguida de un número adecuado de variables subjetivas llamadas *temas*: si el predicado tiene un solo tema, designa una propiedad de éste y se llama *monádico*; si tiene por el contrario dos, tres, cuatro o más temas, designa la relación binaria, ternaria o cuaternaria entre ellos y se llama *diádico*, *triádico*, *tetrádico* o, en términos más genéricos, *poliádico*. Por simplicidad, no obstante, las constantes predicativas sólo se usarán aquí bien como predicados monádicos, como por ejemplo en los enunciados FACy (que se lee «y es una facultad»), ATTx (que se lee «x es un acto») o NORy (que se lee «y es una norma»), o bien como predicados diádicos, como por ejemplo en los enunciados FACyx (que se lee «y es facultad de x»), CAUxy (que se lee «x es causa de y») o NORyx (que se lee «y es norma de x»). Sólo el término CST (por ‘constitución’: D12.22) se usará también como constante predicativa triádica.

Los enunciados compuestos, complejos o moleculares son expresiones formadas por la conexión, mediante conectivas, de varios enuncia-

dos simples. Para indicar los enunciados parciales y a su vez compuestos que los componen, usaré los paréntesis ‘(’ y ‘)’: como, por ejemplo, en expresiones del tipo $\text{VIE}x \rightarrow (\text{PER}\perp x \cdot \neg \text{PER}x)$, que se lee «si x está prohibido, entonces está permitida su omisión y no está permitida su comisión», o $\text{SIT}y \rightarrow (\text{EFF}yx \cdot \text{ATT}x)$, que se lee «si y es una situación, entonces es efecto de un x que es un acto».

Los enunciados generales o cuantificados son las expresiones generadas por la aplicación a un enunciado simple o compuesto de uno o más cuantificadores. Las expresiones admitidas como tesis de la teoría son todos enunciados cuantificados y tienen formas del tipo: $(x)(\neg \text{VIE}x \vee \neg \text{OBB}x)$, $(x)(\text{ATT}x \rightarrow (\exists y)\text{EFF}yx)$, que respectivamente se leen: «para todo x vale que o x no está prohibido o no es obligatorio» (T1.16) y «para todo x vale que, si x es un acto, entonces hay un y que es su efecto» (T5.35).

Los enunciados modales, por fin, son las expresiones generadas por la aplicación a un enunciado de uno o más operadores modales. Junto a los enunciados generales, son las únicas expresiones interpretables como *proposiciones* y, por tanto, susceptibles de ser aceptadas como verdaderas o rechazadas como falsas. Tienen formas del tipo $(x)(\text{COM}x \rightarrow (\exists y)\text{MOD}yx)$ o $(y)(\text{SIT}y \equiv \text{M}(\exists x)(\text{ATZ}xy \cdot \text{ATT}x))$, que respectivamente se leen: «todo comportamiento supone alguna modalidad deóntica de la cual es tema» (P2) y «para todo y vale que y es una situación si y sólo si puede existir un x que es su actuación y que es un acto» (D6.1).

12.3. *Las reglas de transformación.* Las reglas de transformación, o reglas lógicas, establecen el conjunto de las *operaciones* —o *cálculo*— que pueden ser llevadas a cabo sobre las expresiones formadas según las reglas de formación. A diferencia de las tesis de la teoría, las fórmulas con las que están expresadas están desprovistas de significado, consistiendo en meras tautologías lógicamente verdaderas cualquiera que sea el valor de verdad asociado a las expresiones que las componen. Su función consiste en determinar las relaciones formales que pueden ser válidamente establecidas entre las expresiones por medio de los signos lógicos, cuyo uso especifican; y en permitir por tanto la derivación de proposiciones verdaderas a partir de otras proposiciones previamente aceptadas como verdaderas. Se enumerarán en la Introducción al volumen III, *La sintaxis de la teoría*, donde se las distinguirá en cuatro clases —las del *cálculo de enunciados*, las del *cálculo de predicados*, las del *cálculo modal* y las del *cálculo específico* de la presente teoría—, para cada una de las cuales se proporcionarán los *axiomas*, las *reglas de inferencia* y una serie de *leyes lógicas* derivadas de ellas.

NOTAS

1. He diseñado el proyecto de esta teoría en «Sulla possibilità di una teoria del diritto come scienza rigorosa»: *Rivista internazionale di filosofia del diritto* III (1963), 320-362 y en «Saggio di una teoria formalizzata del diritto»: *ibid.* I (1965), 55-105. Presenté un primer y rudimentario desarrollo de la misma en *Teoria assiomaticizzata del diritto. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1970. Mostré su método en «Risposta all'articolo 'Axiomatization of Legal Theory' di Jerzy Wroblewski»: *Rivista internazionale di filosofia del diritto* I (1973), 148-151; «La semantica della teoria del diritto», en U. Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Edizioni di Comunità, Milano, 1983, pp. 81-130; «La formazione e l'uso dei concetti nella scienza giuridica e nell'applicazione della legge»: *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2 (1985), 401-422; «La pragmatica della teoria del diritto», en P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 351-375. Los artículos «La semantica...», cit., y «La pragmatica...», cit., han sido ampliamente utilizados en las dos primeras partes de esta Introducción, con vistas a la cual, por otra parte, fueron redactados. Además adelanté algunas tesis iniciales de este trabajo en «Aspettative e garanzie. Prime tesi di una teoria assiomaticizzata del diritto», en L. Lombardi Vallauri (ed.), *Logos dell'essere, logos della norma*, Adriatica, Bari, 1999, pp. 907-950 (trad. cast. de A. Ródenas y J. Ruiz Manero, «Expectativas y garantías. Primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho»: *Doxa* 20 [1997], 235-278). Los cuatro últimos artículos citados han sido recopilados en la primera parte del volumen *Epistemología y garantismo*, Fontamara, México, 2004 («La semántica de la teoría del derecho», trad. de J. J. Moreso, pp. 17-74; «La formación y el uso de los conceptos en la ciencia jurídica y en la aplicación de la ley», trad. de J. Ferrer, pp. 75-108; «La pragmática de la teoría del derecho», trad. de J. Ferrer, pp. 109-139; y «Expectativas y garantías. Primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho», trad. de A. Ródenas y J. Ruiz Manero, pp. 141-166). Finalmente, pueden encontrarse aclaraciones adicionales de carácter metateórico en los cuatro primeros capítulos de *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, trad. cast. de A. Greppi, Trotta, Madrid, ²2009, escrito en respuesta a las críticas que se me formularon en los trabajos recogidos en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, ²2009.

2. Son las tres dimensiones de la semiosis o teoría de los signos distinguidas por Ch. Morris, *Foundations of the Theory of Signs* [1938], trad. cast. de R. Grasa, *Fundamentos de la teoría de los signos*, Paidós, Barcelona, 1985, cap. II, § 2, pp. 31-32: «Pueden estudiarse las relaciones de los signos con los objetos a los que son aplicables. Esta relación recibirá el nombre de *dimensión semántica de la semiosis*, y [...] el estudio de esta dimensión se denominará *semántica*. Pero el objeto de estudio también puede ser la relación de los signos con los intérpretes. En ese caso la relación resultante se denominará *dimensión pragmática de la semiosis*, y [...] el estudio de esta dimensión recibirá el nombre de *pragmática*. Nos queda todavía una importante relación de los signos que no hemos considerado: la relación formal de los signos entre sí. [...] Esta tercera dimensión se denominará *dimensión sintáctica de la semiosis* [...] y su estudio recibirá el nombre de *sintaxis*».

3. E. Casari, *Lineamenti di logica matematica*, Feltrinelli, Milano, 1960, § 4, p. 39.

4. La distinción entre «significado extensional» o «extensión» y «significado intensional» o «intensión» se remonta, como es sabido, a G. Frege, «Über

Sinn und Bedeutung» [1892], trad. cast. de L. M. Valdés Villanueva, «Sobre sentido y referencia», en G. Frege, *Ensayos de semántica y filosofía de la lógica*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 84-111. Sumariamente, diremos que se entiende por «extensión» de un término la clase de los objetos denotada por él y a la que es aplicable en proposiciones (consideradas) verdaderas. Con «intensión» se entiende por el contrario el conjunto de propiedades poseídas por todos los objetos comprendidos en la extensión de un término. Es claro que la extensión de cada término viene determinada por su intensión, resultando la primera tanto mayor o menor cuanto más genérica o específica sea la segunda: «animal», por ejemplo, tiene un significado más extenso que el término «ser humano», caracterizado por propiedades más específicas. Del mismo modo, una teoría será tanto más extensa cuanto más genérico sea su contenido informativo y a la inversa; y, dentro de una misma teoría, serán más extensas las partes más generales y cada vez menos extensas las partes más específicas y sectoriales.

5. No obstante, aquí se presentará en el § 1.3 una caracterización metateórica en mi opinión suficiente no ya del concepto de «derecho», sino de «derecho positivo», como sistema nomodinámico que incluye reglas sobre la producción de sus reglas. Cualquier otra caracterización corre el riesgo de resultar desorientadora y de suscitar discusiones verbales interminables. Sobre las añejas polémicas —generadas por la clásica definición imperativista y estatalista de John Austin— acerca de la juridicidad o no del derecho internacional y de los derechos consuetudinarios primitivos, cf. el análisis ejemplar de G. Williams, «The Controversy Concerning the Word 'Law'» [1945], trad. it., «La controversia a proposito della parola 'diritto'», en U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Edizioni di Comunità, Milano, 1976, pp. 43-72. Véanse además las buenas «razones para no definir» (la palabra «derecho») a las que está dedicada la Lección 4 del volumen de M. Barberis, *Il diritto come discorso e come comportamento*, Giappichelli, Torino, 1990, pp. 44-52.

6. I. Copi, *Introduction to Logic* [1961], trad. cast. de N. Míguez, *Introducción a la lógica*, Eudeba, Buenos Aires, ³⁴1995, pp. 145-146; E. Nagel, *The Structure of Science* [1961], trad. cast. de N. Míguez, *La estructura de la ciencia. Problemas de la lógica de la investigación científica*, Paidós, Barcelona, 1.^a reimp. 1981, cap. V.3, pp. 105-106 y cap. XV.2, p. 516.

7. Sobre el concepto de «sentido de la acción social» es obligada la referencia a M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* [1922], trad. cast. de J. Medina Echavarría, J. Roura Parella, E. García Máynez, E. Imaz y J. Ferrater Mora, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, FCE, México, 7.^a reimp. ²1984, Parte I, cap. I, § 1, pp. 5-20. De «sentido de la acción jurídica», como sentido jurídico asociado a un acto en tanto que ejercicio, obediencia o desobediencia de una situación (T6.40-T6.43) con arreglo a normas (T8.80) hablaré *infra*, en los §§ 4.7, 6.5, 8.8, 9.2 y 9.16. Véase además el pasaje de Kelsen reproducido *infra* en la nota 14 del capítulo VIII.

8. «El contraste fundamental», escribió Kelsen en 1915 en polémica con Eugen Ehrlich, «que amenaza con dividir a la ciencia jurídica, en lo referente a objeto y método, en dos tendencias diferentes desde su misma base, surge a través de las dos formas de consideración a las que se piensa que puede ser sometido el fenómeno jurídico. Se puede considerar el derecho como *norma*, es decir, como una determinada forma del *deber*, como específica regla-de-deber y, en consecuencia, constituir la ciencia jurídica como una ciencia *normativa y deductiva de valores*, como la ética o la lógica. Pero también se pretende concebir el derecho como una parte de la *realidad* social, como hecho o proceso cuya *regularidad* es entendida de manera *inductiva y explicada* causalmente. Aquí el derecho es una

regla del ser de un determinado comportamiento humano, la ciencia jurídica es una ciencia de la *realidad* que opera según el modelo de las ciencias naturales» (H. Kelsen, «Eine Grundlegung der Rechtssoziologie» [1915], trad. it., «Una fondazione della sociologia del diritto», en E. Ehrlich y H. Kelsen, *Scienza giuridica e sociologia del diritto*, ed. de A. Carrino, Esi, Napoli, 1992, pp. 67-68).

9. Utilizaré aquí la expresión «dogmática» en un sentido en buena parte distinto de sus usos habituales. En su significado prevaleciente, el término «dogmática», y más aún «alta dogmática», incluye también conceptos y tesis teóricas. En ese sentido fue introducido ya por Rudolf von Jhering en el título y en el artículo de presentación de la revista fundada por él en 1857 *Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, justamente para designar la construcción sistemática del conjunto de los conceptos jurídicos en su máximo grado de abstracción. Sobre los orígenes y la historia de los términos «dogma» y «dogmática», cf. R. Orestano, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Giappichelli, Torino, 1963, cap. II, §§ 8 y 9, pp. 229-250, que reproduce una parte del artículo de Jhering que se acaba de mencionar; V. Piano Mortari, «Dogmatica giuridica. Premessa storica», en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, vol. XIII, 1964, pp. 671-678; y E. Paresce, «Dogmatica giuridica», *ibid.*, pp. 678-712. En cambio, como se explicará mejor en los §§ 9 y 10, el término se utilizará aquí como sinónimo de la expresión «disciplinas jurídicas positivas» o «particulares», esto es, para designar los conceptos y discursos jurídicos limitados a la interpretación del lenguaje legal: en un sentido, por tanto, por una parte más amplio, puesto que incluye todas las tesis sobre las normas del ordenamiento investigado, y por otra más restringido, puesto que no incluye los términos y las tesis teóricas. Me ha parecido preferible a la expresión «disciplinas jurídicas positivas» por dos razones: en primer lugar, porque también la teoría del derecho es una disciplina de derecho positivo, que no se contrapone a la dogmática por la «generalidad» o «no-particularidad» de su objeto, sino, como se verá mejor más adelante, por su carácter «formal», es decir, por el específico nivel de abstracción de sus conceptos y enunciados y por el método a través del cual son elaborados; en segundo lugar, porque la expresión alude de manera eficaz al carácter de «dogmas» que revisten las normas legales respecto de los discursos empírico-observacionales de los juristas ligados a su interpretación y, por eso mismo, expresa el reflejo epistemológico de ese postulado teórico y metateórico del positivismo jurídico que es el principio de legalidad.

10. La expresión «sociología jurídica» (o «del derecho») se usa aquí en el sentido amplísimo indicado por Alf Ross, esto es, para designar los estudios no sólo sociológicos, sino también politológicos, «psicológicos e históricos referentes al derecho en acción», es decir, entendido como fenómeno de la vida social (A. Ross, *On Law and Justice* [1958], trad. cast. de G. R. Carrió, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1974, cap. I, § 4, p. 19 y nota 32). Se entiende que los conceptos de «dogmática jurídica», «sociología del derecho» y «filosofía política», como por otra parte el de «teoría del derecho», se distinguen aquí en el plano metodológico tan sólo para los fines de la diferenciación y caracterización semántica de los correspondientes lenguajes y discursos. En la práctica, como diré más adelante, discursos teóricos, discursos dogmáticos, discursos filosóficos y discursos sociológicos se entremezclan de distintas maneras; y se mezclan a su vez con discursos puramente fácticos, juicios de valor, tesis de crítica del derecho, tesis de política del derecho y tesis de metodología de la ciencia jurídica y de la interpretación jurídica.

11. H. L. A. Hart, *The Concept of Law* [1961], trad. cast. de G. R. Carrió, *El concepto de derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963, IV, § 1, pp. 70-72;

V, § 2, pp. 110-113 y VI, § 1, pp. 127-131. Uberto Scarpelli ha propuesto basar en esta distinción entre «punto de vista externo» y «punto de vista interno» la diferencia, en la aproximación al estudio del derecho positivo, entre la sociología del derecho y la ciencia jurídica de orientación iuspositivista denominada aquí «dogmática» (*Cos'è il positivismo giuridico* [1965], trad. cast. de J. Hennequin, revisada por A. Rentería Díaz, *¿Qué es el positivismo jurídico?*, Cajica, Puebla, 2001, VII, pp. 119-124).

12. M. Weber, *Economía y sociedad*, cit., Parte II, cap. I, § 1, p. 251: «Cuando se habla de 'derecho', 'orden jurídico', 'preceptos jurídicos', debe tenerse en cuenta de un modo particularmente riguroso la distinción entre la consideración jurídica y la sociológica. La primera se pregunta por lo que idealmente vale como derecho. Esto es: qué significación o, lo que es lo mismo, qué *sentido normativo* lógicamente correcto *debe* corresponder a una formación verbal que se presenta como norma jurídica. Por el contrario, la última se pregunta lo que *de hecho ocurre* en una comunidad en razón de que existe la *probabilidad* de que los hombres que participan en la actividad comunitaria, sobre todo aquellos que pueden influir considerablemente en esa actividad, consideren *subjetivamente* como válido un determinado orden y orienten por él su conducta práctica. Conforme a eso se define también la relación de principio entre el *derecho* y la *economía*. La tarea de la ciencia jurídica (de un modo más preciso, la jurídico-dogmática) consiste en investigar el recto sentido de los preceptos cuyo contenido se presenta como un orden [...]. Por el contrario, la ciencia económico-social considera aquellas acciones humanas que están condicionadas por la necesidad de orientarse en la realidad económica, en sus conexiones efectivas».

13. La clásica distinción entre *law in books* y *law in action* se suele hacer remontar a R. Pound, «Law in Books and Law in Action»: *American Law Review* (1910), p. 12. Sin embargo, como ha puesto de manifiesto G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Torino, 1962, p. 114, fue formulada dos años antes por A. Bentley, *The Process of Government*, reimp. Everston, 1949, pp. 294-297 y 165-172 de la primera edición de 1908.

14. Es la propuesta metodológica adelantada por N. Bobbio en su artículo ya clásico «Scienza del diritto e analisi del linguaggio» [1950], trad. cast. de A. Ruiz Miguel, «Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje», en N. Bobbio, *Contribución a la teoría del derecho*, ed. de A. Ruiz Miguel, Fernando Torres, Valencia, 1980, pp. 173-200. Casi no hace falta señalar el doble significado con el que uso en estas páginas la palabra «interpretación»: en la expresión «interpretación semántica» o «empírica» de una teoría, designa —como se precisará mejor en el próximo párrafo— la atribución de significado a los conceptos y enunciados de la teoría por medio de proposiciones de correspondencia adecuadas para conectarlos con los datos empíricos observados; en la expresión «interpretación jurídica» designa en cambio la actividad misma de observación del jurista que, por la naturaleza lingüística del objeto observado, tiene el carácter de análisis del significado de los enunciados lingüísticos formulados en el discurso del legislador. Así pues, resulta evidente que tanto «análisis del lenguaje» como «interpretación jurídica» —y por consiguiente el método de la dogmática jurídica— aluden no ya, simplemente, a la asociación de significados a los enunciados legislativos, sino al conjunto de métodos y técnicas del razonamiento jurídico que se conoce con el nombre de «teoría de la interpretación» y «teoría de la argumentación» y que constituye el capítulo principal de la epistemología jurídica. Por lo demás, en esta teoría trataré de la argumentación sólo en conexión con los términos teóricos 'constatación' y 'jurisdicción' (en los §§ 6.12 y 12.8), dejando en cambio a un lado, necesariamente, los problemas epistemológicos y metajurisprudenciales.

15. Naturalmente, en un sentido amplio de la palabra «fáctico» —esto es, en el sentido de «empírico» o «no analítico»— también es una verdad fáctica la verdad «jurídica», que es asimismo una verdad empírica referida a esos hechos lingüísticos que son los enunciados, documentos o fuentes normativas, investigados por el jurista de un modo específico por medio de la interpretación o el análisis del lenguaje-objeto en el que está formulado el derecho. Dicho esto, las expresiones «verdad fáctica en sentido estricto» o simplemente «fáctica» y «verdad jurídica» pueden perfectamente usarse sin equívoco alguno para hacer referencia con la primera a acaecimientos de hecho y con la segunda a lo que prescriben las normas.

16. «La norma que prescribiera algo que necesariamente, en razón de una ley natural, siempre y por doquier debe producirse, sería tan insensata como la norma que prescribiera algo que, en razón de una ley natural, de ninguna manera puede producirse» (H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* [1960], trad. cast. de R. J. Vernengo, *Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1979, § 4.c, p. 24). «La imposición de una norma [...] aparece con la condición de que sea *posible* un ser correspondiente a esta norma, pero también de que sea posible un ser no-correspondiente a ella. Porque es inútil establecer en una norma como debido algo que necesariamente *tiene que ser* aunque no se imponga la norma, o bien algo que *no puede ser* de manera alguna a pesar de la imposición de la norma» (H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen* [1979], trad. cast. de H. C. Delory Jacobs, revisada por J. F. Arriola, *Teoría general de las normas*, Trillas, México, 1994, cap. XVI, § 1, p. 71). La normatividad consiste en suma en la potencial divergencia deóntica entre deber ser y ser, entre normas y hechos. Allí donde no hubiese lugar para esta divergencia porque lo que constituye el contenido de la regla es necesario (como ocurriría, por ejemplo, con la norma «es obligatorio respirar»), viviríamos en un mundo deónticamente perfecto, que sería sin embargo un mundo no deóntico, en el que no tendría sentido hablar de reglas. Y allí donde esa divergencia fuese no potencial sino necesaria e insuperable, porque lo que constituye el contenido de la regla es imposible (como ocurriría, por ejemplo, con la norma «está prohibido respirar»), viviríamos en un mundo deónticamente irrealizable, en el que tampoco tendría sentido hablar de reglas.

17. En rigor no hay conflicto o contradicción entre normas ni en la relación entre dos normas de las que una es sucesiva a la otra ni en la relación entre dos normas de las que una es especial y la otra general. «De dos proposiciones contradictorias», escribe Eugenio Bulygin, «una siempre es verdadera y la otra falsa; en el caso de una derogación, las dos normas son, en principio, válidas y ambas pierden en un momento determinado su validez. A saber: la norma derogada en cuanto la norma derogatoria adquiere validez; la norma derogatoria en cuanto ha realizado su función, es decir, la supresión de la otra norma. El tiempo desempeña aquí un papel importante en contraste con una contradicción lógica en la que ninguna de las dos proposiciones pierde su verdad, porque la una es (intemporalmente) verdadera y la otra es (intemporalmente) falsa. En la derogación no se da ningún conflicto entre las dos normas y es incluso posible que ninguna de ambas sea válida; por el contrario, dos proposiciones contradictorias no pueden ser falsas» (E. Bulygin, «Zum Problem der Anwendbarkeit der Logik auf das Recht» [1983], trad. cast. de J. Betegón, «Sobre el problema de la aplicabilidad de la lógica al derecho», ahora como estudio preliminar a H. Kelsen y U. Klug, *Normas jurídicas y análisis lógico*, trad. cast. de J. C. Gardella, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, pp. 9-26; pp. 16-17). Menos aún puede hablarse de contradicción entre norma general y norma especial. La norma especial, en efecto, no contempla la misma hipótesis que la general, sino una hipóte-

sis distinta, extensionalmente más restringida. Por ejemplo, en el ordenamiento italiano la norma penal que castiga como «desacato» a quien «ofende el honor de un magistrado en audiencia» (art. 343 C.P.) desplaza a la que castiga como «injuria» a quien «ofende el honor de una persona presente» (art. 594 C.P.), al establecer la primera una pena más grave que la segunda. Pero entre las dos normas no hay contradicción o antinomia alguna, aplicándose la segunda cuando no se dé el caso específico contemplado y castigado por la primera; del mismo modo que no hay contradicción entre la calificación de dos hechos distintos, el uno como *desacato* a «magistrado en audiencia» y el otro como *injuria* a una «persona presente» cualquiera.

18. Uso aquí las nociones de ‘reglas deónticas’ (o ‘regulativas’) y de ‘reglas constitutivas’ en el sentido que precisaré *infra*, en los §§ 4.3, 4.6 y 8.2 (D4.8, D4.9, D8.5 y D8.6).

19. Resulta oportuno advertir desde ahora mismo sobre el significado más restringido, respecto a los usos corrientes, de los términos ‘antinomia’ y ‘laguna’ tal y como serán aquí definidos y formalizados (en el § 10.19, por las definiciones D10.43 y D10.44). Con estos términos, que se revelarán centrales en la teoría de la democracia constitucional, designaré en efecto sólo las antinomias y lagunas identificables en relación con normas de grado superior y configurables por tanto, a diferencia de las antinomias y lagunas entre normas del mismo nivel, como «violaciones» de las normas superiores: es decir, como ‘vicios’ (D9.23) del ordenamiento, no superables por el intérprete, que conlleven, si no son resueltas, la no aplicabilidad de la norma de grado superior respecto a la cual son predicables, en el primer caso por la presencia y la aplicación de una norma de grado subordinado en conflicto con ella y, en el segundo, por la ausencia y no aplicabilidad de sus normas de actuación. Sobre la cuestión —que volveré a abordar por extenso en el § 6 y después en los §§ 1.3, 2.7, 3.6, 8.7, 10.19, 10.20, 12.13 y 13.15— cf. mi respuesta «I diritti fondamentali nella teoria del diritto» [1998] a las objeciones de R. Guastini, «Tre problemi per Luigi Ferrajoli» [1998], ambos ahora en L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales* («Tres problemas para Luigi Ferrajoli», pp. 57-62; «Los derechos fundamentales en la teoría del derecho», pp. 139-196), ed. de A. de Cabo y G. Pisarello, trad. cast. de P. Andrés, A. de Cabo, M. Carbonell, L. Córdova, M. Criado y G. Pisarello, Trotta, Madrid, 42009, pp. 57-59 y 182-196. Véanse además mis respuestas a las nuevas críticas de Riccardo Guastini en la nota 41 del capítulo XII y, de modo más difuso, en «La pragmática...», cit., pp. 109-139 y en *Garantismo. Una discusión...*, cit., cap. IV, § 3.

20. Sobre estos temas, por lo que se refiere al ordenamiento italiano, remito a la parte cuarta de mi libro *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* [1989], trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2009.

21. Las tesis de la divergencia o separación entre el «ser» y el «deber ser externo» o *del* derecho y entre el «ser» y el «deber ser interno» o *en el* derecho son identificadas con justicia como las tesis metodológicas y rasgos característicos del garantismo por M. Gascón Abellán, «La teoría general del garantismo: rasgos principales», en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios...*, cit., pp. 22-26, que conecta con ellas el papel crítico respecto al derecho asignado a la filosofía política (desde el punto de vista externo) y a la ciencia jurídica (desde el punto de vista interno) de los que hablaré en la segunda parte de esta Introducción, dedicada a la pragmática de la teoría. Conviene precisar que aquí entiendo «filosofía política» en el primero de los dos sentidos indicados por Nor-

berto Bobbio en su «mapa de la filosofía política» («Considerazioni sulla filosofia politica» [1971] y «Per una mappa della filosofia politica» [1990], ambos ahora en N. Bobbio, *Teoría general de la política*, Trotta, Madrid, ³2009: el epígrafe «Sobre las posibles relaciones entre filosofía política y ciencia política», trad. cast. de J. Fernández de Santillán, A. de Cabo y G. Pisarello, pp. 77-88, refunde «Dei possibili rapporti tra filosofia politica e scienza politica» [1971] y «Considerazioni sulla filosofia politica» [1971]; «Para un mapa de la filosofía política», trad. cast. de A. de Cabo y G. Pisarello, pp. 89-97): esto es, como discurso o conjunto de discursos de tipo axiológico o normativo acerca de la «república óptima», de los fundamentos y la justificación del poder político, de las razones y criterios de legitimación externa de las instituciones jurídicas y políticas. En este sentido «filosofía política» se contrapone a «teoría política» y a «ciencia política», cuyos discursos, ya sean analíticos o empíricos, son en cambio de tipo asertivo o descriptivo.

22. La fórmula de la «conexión conceptualmente necesaria entre derecho y moral», en contraposición a la tesis iuspositivista de la separación entre las dos esferas, se ha hecho habitual gracias a los trabajos de Robert Alexy: cf., en particular, R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts* [1992], trad. cast. de J. M. Seña, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, ²2004, 2.III, §§ 1 y 2, pp. 27-30, 32 y *passim*. La fórmula ha sido propuesta nuevamente, en oposición a mi tesis de la separación entre derecho y moral, por A. García Figueroa, «Las tensiones de una teoría cuando se declara positivista, quiere ser crítica, pero parece neoconstitucionalista», en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios...*, cit., pp. 267-284. Para una crítica de la ambigüedad de esta fórmula, remito a mi libro *Garantismo. Una discusión...*, cit., § 2.1.

23. R. Alexy, *op. cit.*, 2.III, §§ 3 y 4, pp. 33-41, 67, 81; 3.II, § 2.1, p. 93 y IV, p. 123. Sobre el contenido moral o material que en este sentido, obvio y trivial, tienen siempre las normas jurídicas, cf. L. Prieto Sanchís, «Constitucionalismo y garantismo», en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios...*, cit., pp. 43-45, que subraya el valor liberal del principio iuspositivista e ilustrado de la separación entre derecho y moral contra la «tentación del constitucionalismo ético» recurrente en muchas teorías neoconstitucionalistas contemporáneas. Pero Alexy sostiene también la tesis, claramente iusnaturalista, según la cual una norma pierde la validez jurídica si es extremadamente injusta (R. Alexy, *op. cit.*, 2.III, § 4, pp. 45 ss., 93 y 125).

24. En este sentido, escribió Hart, «la separación de los utilitaristas entre el derecho y la moral es considerada como algo que permite a los juristas obtener una nueva claridad» (H. L. A. Hart, «Positivism and the Separation of Law and Morals» [1958], trad. cast. de G. R. Carrió, «El positivismo y la separación entre el derecho y la moral», en Íd., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires, 1962, pp. 1-64; p. 12). Recuérdese también la definición de «positivismo jurídico» formulada por Hart: «Aquí entenderemos por 'Positivismo Jurídico' la afirmación simple de que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así» (H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, cit., cap. IX, § 1, p. 230).

25. Del «constitucionalismo» —o «neoconstitucionalismo», según la expresión más difundida en la actualidad entre los filósofos del derecho— se ha dado una lectura predominantemente iusnaturalista, o cuando menos no iuspositivista o post-iuspositivista, en razón de la tesis según la cual, a diferencia del positivismo jurídico, aquél se basaría en la conexión conceptual entre derecho y moral. Para una crítica de esa lectura y para una interpretación iuspositivista

del neoconstitucionalismo, cf. las agudas observaciones de T. Mazzarese, «Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi», en Íd. (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002, en particular el § 1.4, pp. 14-22; Íd., «Towards a Positivist Reading of Neo-constitutionalism»: *Associations* 6/2 (2002), 233-260. Según Mazzarese, la fortuna de esa lectura se debe, además de a los términos ético-políticos («valores últimos e imprescindibles de la humanidad», «derechos humanos» o «naturales») con los que suelen formularse los derechos fundamentales en el lenguaje político ordinario, al hecho, trivial y extrínseco, de que los principales estudiosos que han dedicado su atención a la tutela constitucional de los derechos fundamentales —en particular Robert Alexy, Ronald Dworkin y Carlos Nino— son autores de orientación tendencialmente iusnaturalista. El resultado de esta lectura es un debilitamiento del paradigma constitucional, cuya normatividad jurídica, aun basada en textos constitucionales e internacionales, queda degradada a una genérica normatividad ético-política, como si esos textos, en vez de normas de derecho positivo —y por lo general de un nivel superior a las normas ordinarias— fuesen, como escribe Mazzarese, «meras declaraciones de intenciones políticas» («Diritti...», cit., p. 15).

26. Recuérdese la distinción análoga entre «justicia», «validez» y «eficacia» como criterios de valoración independientes entre sí formulada por N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica* [1958], cap. II, ahora en Íd., *Teoría general del derecho*, trad. cast. de E. Rozo Acuña, Debate, Barcelona, 1991, parte I, cap. II, pp. 33-51. A estos tres criterios Bobbio hace corresponder los tres problemas —el «deontológico», el «ontológico» y el «fenomenológico»— que son cometido, respectivamente, de la «teoría de la justicia», de la «teoría general del derecho» y de la «sociología jurídica». Hago notar, por otra parte, que yo no atribuyo el segundo de estos tres problemas a la teoría, sino a las disciplinas jurídicas positivas de cada ordenamiento concreto, aunque sea sobre la base del concepto de 'validez' definido, como ocurre por lo demás con el de 'efectividad', por la teoría del derecho. En efecto, la teoría del derecho, como ha afirmado repetidamente el mismo Bobbio en los trabajos citados en la nota siguiente, es una «teoría formal», «dirigida [...] al estudio de la estructura normativa» del derecho y no «al de los contenidos normativos» (incluidas las condiciones de validez de los distintos tipos de actos normativos), estudiados en cambio por la ciencia del derecho y la dogmática jurídica (N. Bobbio, «La teoria pura del diritto ed i suoi critici» [1954], trad. cast. de A. Ruiz Miguel —«La teoría pura del derecho y sus críticos»—, en N. Bobbio, *Contribución a la teoría del derecho*, cit., p. 134).

27. Ésta es la caracterización de la teoría del derecho propuesta por Norberto Bobbio, según el cual «la teoría general del derecho es una *teoría formal* del derecho en el sentido de que estudia el derecho en su estructura normativa, es decir, en su forma, con independencia de los valores a los que sirva esa estructura y de los contenidos que encierre» (N. Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1955, p. VI). «No hace falta decir que esta idea», añade Bobbio, «ha sido elaborada, en la forma en la que es más conocida, por Kelsen», cuya «teoría pura» es por tanto «formal» en el sentido asumido y sugerido aquí por Norberto Bobbio. La misma caracterización de la teoría del derecho como «teoría formal» es reiterada por Bobbio en «Francesco Carnelutti, teorico generale del diritto» [1949], ahora en Íd., *Studi sulla teoria generale...*, cit., pp. 3-7; Íd., «Filosofia del diritto e teoria generale del diritto» [1950], trad. cast. de A. Ruiz Miguel —«Filosofía del derecho y teoría general del derecho»—, en N. Bobbio, *Contribución a la teoría del derecho*, cit., pp. 75-80; Íd., «Formalismo giuridico e formalismo etico» [1954], trad. cast. de A. Ruiz Miguel

—«Formalismo jurídico y formalismo ético»— en N. Bobbio, *Contribución a la teoría del derecho*, cit., pp. 105-106.

28. No es ocioso precisar, para evitar equívocos, que el término «formal» en el sentido en el que aquí se emplea —esto es, como predicado *metateórico* de los conceptos y enunciados de la teoría, de los que designa sus rasgos estructurales, independientes de los contenidos normativos denotados por ellos en cada ordenamiento concreto— no tiene nada que ver con el significado de «formal» como término *teórico*, que se refiere en cambio, en las expresiones ‘acto formal’, ‘normas formales’, ‘validez formal’, ‘democracia formal’, etc., a la ‘forma’ exigida a los actos jurídicos normativos (además de y en contraposición a su ‘sustancia’, es decir, al ‘significado’ de las normas producidas) como condición de su validez precisamente ‘formal’. En el plano metateórico, en efecto, también son formales los conceptos teóricos de ‘norma sustancial’, ‘validez sustancial’ y ‘democracia sustancial’, que no nos dicen nada acerca de las condiciones exigidas por las primeras como requisitos de las segundas, sino sólo acerca de su referencia a la sustancia o al significado de las prescripciones producidas. Sobre el carácter «formal» de todos los conceptos y tesis teóricas, remito a las aclaraciones desarrolladas reiteradamente, a propósito de mi definición de «derechos fundamentales», en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., I, § 1, pp. 19-24; II, § 1 y 5, pp. 139-141 y 173-174; III, §§ 1 y 4, pp. 287-291 y 314-329; y, más en general, en *Garantismo. Una discusión...*, cit., §§ 1.4 y 2.2 y cap. III.

29. Sobre la distinción entre «metajurisprudencia descriptiva» y «metajurisprudencia prescriptiva», cf. M. Jori, *Saggi di metagiurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 1985. Para una crítica de la dicotomía «descriptivo/prescriptivo» y de la contraposición «juicios de hecho/juicios de valor», presentes no sólo en las ciencias sociales sino también en las naturales, véanse los numerosos e importantes trabajos de V. Villa, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli ed analogie*, Giuffrè, Milano, 1984; Íd., «La metagiurisprudenza analitica e la dicotomia descrittivo/prescrittivo», en *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, Giuffrè, Milano, 1990, vol. II, pp. 617-665; Íd., *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 1993; Íd., «Teorie giuridiche e giudizi di valore», en *Analisi e diritto 1997. Ricerche di giurisprudenza analitica*, cit., 1998, pp. 235-249; Íd., *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Torino, 1999; Íd., *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore. Lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, caps. VI y VII. Sobre el modelo apolítico del jurista y sobre el dogma del carácter no valorativo del método técnico-jurídico, remito a mi libro *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 58-59, 93, 102-104 (trad. cast. de la primera parte del libro —«Saggio sulla cultura giuridica italiana del Novecento»— de P. Salazar, con el título «La cultura jurídica en la Italia del siglo XX», en L. Ferrajoli, *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004, pp. 169-229, cf. pp. 210-212; trad. cast. de la segunda parte del libro —«La filosofía giuridica analitica italiana. Bilancio e prospettive»— de J. M. Díaz Martín y G. Pisarello, con el título «La filosofía analítica», en L. Ferrajoli, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, pp. 21-64, cf. pp. 34-35 y 47-49).

30. H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, cit., cap. VIII, § 45, pp. 349-353.

31. Véanse los pasajes de Kelsen sobre la cuestión citados *infra*, en las notas 13 y 15 del capítulo IX.

32. En este sentido, por ejemplo, son *principia iuris et in iure* del modelo teórico del garantismo penal, explícita o implícitamente dictados por el derecho positivo de los ordenamientos avanzados, los diez axiomas o principios penales

y procesales que componen el sistema SG elaborado en *Derecho y razón*, cit., cap. 2, p. 93 y *passim*.

33. Merece ser recordado este lúcido pasaje de N. Bobbio, «Formalismo jurídico y formalismo ético», en Íd., *Contribución a la teoría del derecho*, cit., p. 111: «Un sistema jurídico, en cuanto que está basado en el principio de legalidad, no debe ser contradictorio. Este punto ha sido particularmente ilustrado por Kelsen y por García Máynez. Pero eso significa que el principio de no contradicción es una verdadera regla jurídica implícitamente contenida en todo ordenamiento. Y si antes he mostrado que el principio de legalidad tiene en un sistema normativo la misma función que el principio lógico de no contradicción en un sistema teórico, caigo ahora en la cuenta de que el principio de no contradicción sirve en el mismo sistema normativo como regla jurídica. Lo que podría decirse también así, en fórmula sintética: en una concepción legalista de la justicia están presentes, al mismo tiempo, una tendencia a la *legalización del Derecho* y una tendencia hacia la *juridificación de la lógica*, o, en otras palabras, un reconocimiento del valor lógico del Derecho y a la vez del valor jurídico de la lógica». «El principio de no contradicción», había escrito a su vez Kelsen en el pasaje al que alude Bobbio, «es en efecto tan válido para el conocimiento en el campo de la validez normativa como en el de la realidad empírica» (*General Theory of Law and State* [1945], trad. it. de S. Cotta y G. Treves, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Edizioni di Comunità, Milano, 1959, Apéndice, III, A, p. 415 [hay trad. cast. de E. García Máynez, *Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, México, ²1958, 2.^a reimp. 1979, que —como se advierte en la p. XI, nota 3 de dicha edición— no incluye el Apéndice citado]).

34. En «Diritti fondamentali e democrazia costituzionale», en *Analisi e Diritto* 2002-2003, cit., p. 332, distinguí una tercera categoría de principios, que llamé *principia iuris et de iure*, «en parte internos pero en parte externos al derecho positivo, puesto que cabe inducirlos de éste pero no están formulados en él: por ejemplo, el principio de legalidad, el de la separación de poderes», etc. Se trata en realidad —como se ha dicho en el párrafo precedente y *supra*, en la nota 32— de principios comprendidos entre los *principia iuris et in iure*, es decir, entre los principios de derecho positivo internos al ordenamiento, estén explícita o implícitamente formulados por normas de derecho positivo. En el plano metateórico, en efecto, es irrelevante el hecho de que se obtengan mediante la interpretación sistemática del sistema jurídico en vez de estar dictados expresamente por normas positivas, como ocurre con el principio de igualdad y con los diferentes derechos fundamentales establecidos constitucionalmente.

35. N. Bobbio, «Sul positivismo giuridico» [1961], trad. cast. de E. Garzón Valdés —con el título «Positivismo jurídico», pp. 37-66— en N. Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México, ²1992, § 3, pp. 41-42: «Como modo de acercarse al estudio del derecho [...] el positivismo jurídico está caracterizado por una clara distinción entre derecho real y derecho ideal o, utilizando otras expresiones equivalentes, entre derecho como hecho y derecho como valor, entre el derecho que es y el derecho que debe ser; y por la convicción de que el derecho del cual debe ocuparse el jurista es el primero y no el segundo. Si se quiere usar una sola palabra para designar esta forma de *approach* al derecho, se la podría llamar 'científica'. [...] En esta primera acepción de positivismo jurídico, positivista es, por consiguiente, aquel que asume frente al derecho una actitud a-valorativa».

36. Para el paradigma de la democracia constitucional vale en efecto más que nunca lo que escribió Gaetano Filangieri, hace más de dos siglos, en su introducción a *La scienza della legislazione*: no la ley, sino «la legislación», no el

derecho como es, sino el derecho como debe ser —en gran medida, podríamos añadir, sobre la base del derecho positivo mismo—, es «[e]n el día de hoy [...] este objeto común de los que piensan» (*La scienza della legislazione* [1783], trad. cast. de J. Ribera, *Ciencia de la legislación*, 6 vols., Imprenta de D. Fermín Villalpando, Madrid, 1821-1822, Introducción, tomo I, p. 2).

37. Sobre el carácter formal del paradigma constitucional, así como del paradigma iuspositivista, remito a mi libro *Garantismo. Una discusión...*, cit., § 3.2.

38. Sobre el significado de *principium* y de *principia iuris* en el léxico romanista —y en particular en *De republica* y *De legibus* de Cicerón y después en el pasaje de Gayo incluido por Justiniano en los primeros títulos del Digesto (D.1.2.1)—, cf. S. Schipani, «Principia iuris, potissima pars principium est. Principi generali del diritto», en *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, Jovene, Napoli, 1997, vol. III, pp. 631-665, que muestra sus múltiples cambios semánticos: desde el uso del término en el sentido de «inicio», hasta su uso en el de «origen» y más tarde «fundamento». Recuérdese que existe una obra titulada *Principia iuris publici germanici*, de Benedict Schmidt, publicada en 1756.

39. G. W. Leibniz, *Elementa juris naturalis* [1668-1671], trad., estudio preliminar y notas de T. Guillén Vera, *Los elementos del Derecho natural*, Tecnos, Madrid, 1991, cap. I, § 1, pp. 70-71: «No se derivan de los sentidos», prosigue Leibniz, «sino de una imagen [en el texto original: *imaginatio*] clara y distinta, que Platón denominaba Idea, y que cuando se expresa con palabras es lo mismo que la definición» (*ibid.*).

40. G. W. Leibniz, *loc. ult. cit.*: «Así pues, como la justicia consiste en un cierto acuerdo y proporción, puede entenderse que algo es justo, aunque no haya quien ejerza la justicia, ni sobre quien recaiga, de manera semejante a como los cálculos matemáticos son verdaderos, aunque no haya ni quién numera ni qué numerar, a la manera como se puede predecir de una cosa, o de una máquina o de un Estado que, si han de existir, ha de ser hermosa, eficaz y feliz, aunque nunca hayan de existir».

41. Recuérdese el pasaje del *De homine* en el que Hobbes equipara con la «geometría» —por cuanto serían también ciencias «*a priori*», en contraposición a la «física», que es en cambio «*a posteriori*»— a «la ciencia de lo justo y lo injusto»: «Al hombre se le ha concedido únicamente la ciencia demostrativa *a priori* de aquellas cosas cuya generación depende del arbitrio de los mismos hombres. Hay por lo tanto muchos teoremas demostrables en cuanto a la cantidad, y su ciencia se llama geometría. Porque al residir las propiedades que tiene cada una de las figuras en las líneas que trazamos nosotros mismos, y al depender su generación de nuestro arbitrio, no se requiere nada más para conocer cualquier propiedad de la figura que considerar todo lo que se sigue de su construcción, que nosotros mismos hacemos al dibujarlas. Y precisamente por eso, porque las figuras las creamos nosotros mismos, sucede que la geometría se tiene por demostrable y lo es». Y añade: «Además la política y la ética, es decir, la ciencia de lo justo y lo injusto, de lo equitativo y lo inicuo, se puede demostrar *a priori* dado que los principios mediante los cuales se conoce qué es lo justo y lo equitativo, y al contrario lo injusto y lo inicuo, los hemos hecho nosotros mismos. Porque antes de que se establecieran pactos y leyes no había entre los hombres justicia ni injusticia ni naturaleza del mal o del bien públicos, más que entre los animales» (Th. Hobbes, *Elementorum philosophiae sectio secunda. De homine* [1658], trad. cast. de J. Rodríguez Feo, *Tratado sobre el hombre*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2008, cap. X, §§ 4 y 5, pp. 122-123).

42. Sobre la concepción de la ciencia jurídica como «garantía», cf. L. Gianformaggio, «Diritto e ragione tra essere e dover essere», en Íd. (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 35 ss. La misma idea es reiterada por S. Sastre Ariza, «Más allá de una ciencia jurídica contemplativa», en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios...*, cit., p. 289.

43. «Unidad», «coherencia» y «plenitud», concebidos aquí como principios normativos externos al derecho, fueron configurados por Norberto Bobbio como los tres problemas y a la vez los tres objetivos de la ciencia jurídica desde su artículo clásico «Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje», cit. Sobre los tres problemas, cf. también N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico* [1960], en *Teoría general del derecho*, cit., parte II, caps. II-IV, pp. 165-252. En realidad, como mostraré en los §§ 1.3, 6.7, 6.10 y 8.7, la ciencia jurídica, más allá del papel que cumple la interpretación doctrinal de las leyes en un sentido conforme con las normas constitucionales, sólo puede registrar, y no desde luego reparar, los defectos estructurales de unidad, coherencia y plenitud del ordenamiento generados por antinomias y lagunas entendidas en el sentido indicado *supra*, en la nota 19, y reclamar su superación por parte de los actores del derecho mismo.

44. Sobre la fecundidad explicativa y la relevancia epistemológica de las nociones de «imagen» e «imaginario», tal y como son producidas por la ciencia jurídica acerca del derecho y del Estado, véanse los trabajos de P. Costa, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Giuffrè, Milano, 1980; Íd., «La giuspubblicistica dell'Italia unita: il paradigma disciplinare», en A. Schiavone (ed.), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Laterza, Roma-Bari, 1990, pp. 89-145.

45. Sobre este divorcio, remito a mis trabajos «La cultura jurídica en la Italia del siglo XX», cit., apartados 1 y 2, pp. 169-194; y «L'itinerario di Norberto Bobbio: della teoria generale del diritto alla teoria della democrazia»: *Teoria politica* 3 (2004), 127-143. Véase también, *infra*, la nota 3 del capítulo XII.

46. Recuérdense las lecciones inaugurales de estos juristas, verdaderos manifiestos metodológicos y programáticos, y sus declaraciones anti-filosóficas a las que se hace referencia *infra*, en el § 13.6 y en las notas 30 y 33 del capítulo XIII.

47. S. Romano, «L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione» [1901], ahora en *Scritti minori*, Giuffrè, Milano, 1950, vol. I, p. 108.

48. Hablo de «falacia ideológica» entendiendo por «ideologías» todas las doctrinas o concepciones que confunden el «deber ser» con el «ser» en virtud de la indebida deducción, contraria a la ley de Hume, de tesis asertivas a partir de tesis prescriptivas o viceversa. He definido «ideología» de esta manera en *Derecho y razón*, cit., cap. IV, § 14.2, pp. 214-216; cap. VI, § 23.2, pp. 324-326; cap. XIII, § 58.2, pp. 871-872 y § 59.3, pp. 886-888.

49. R. Carnap, *Beobachtungssprache und theoretische Sprache* [1958], trad. it., «Linguaggio osservativo e linguaggio teorico», en *Analiticità, significanza, induzione*, ed. de A. Meotti y M. Mondadori, Il Mulino, Bologna, 1971, § 1, p. 50. Sobre la distinción entre lenguaje observacional y lenguaje teórico, véanse también R. Carnap, «The Methodological Character of Theoretical Concepts» [1956], trad. cast. de M. Cinta, «El carácter metodológico de los conceptos teóricos», en L. Olivé y A. R. Pérez Ransanz (eds.), *Filosofía de la ciencia: teoría y observación*, Siglo XXI, Madrid, 1989, pp. 70-115; C. G. Hempel, *Fundamentals of Concept Formation in Empirical Science* [1952], trad. cast. de J. L. Rolletti, *Fundamentos de la formación de conceptos en ciencia empírica*, Alianza, Ma-

drid, 1988, § 5, pp. 37-40; Íd., «The Theoretician's Dilemma» [1958], trad. cast. de M. Frassinetti de Gallo, «El dilema del teórico: un estudio sobre la lógica de la construcción de teorías», en C. G. Hempel, *La explicación científica: Estudios sobre la filosofía de la ciencia*, trad. cast. de M. Frassinetti de Gallo, N. Míguez, I. Ruiz Aused y C. S. Seibert de Yujnovsky, Paidós, Buenos Aires, 1979, pp. 177-229, §§ 2-7, pp. 181-210; la recopilación de artículos a cargo de P. A. Schilpp, *The Philosophy of Rudolf Carnap*, trad. it., *La filosofía di Rudolf Carnap*, Il Saggiatore, Milano, 1974, en particular el artículo de Hempel, «Riflessi dell'opera di Carnap sulla filosofia della scienza», vol. II, pp. 659-684, y la réplica de R. Carnap, *ibid.*, pp. 938-945; W. V. O. Quine, «La teoría e l'osservazione»: *Rivista di filosofia* I (1975), 1-19 [se trata de extractos de *Word and Object* [1960], trad. cast. de M. Sacristán, *Palabra y objeto*, Herder, Barcelona, 2001, pp. 66-71, 99-112]. La posibilidad de separar rígidamente observación y teorización, lenguaje observacional y lenguaje teórico, ha sido impugnada, sobre la base del inevitable condicionamiento de los datos experimentales por teorías más o menos inconscientes, por P. K. Feyerabend, *Against Method. Outline of an Anarchistic Theory of Knowledge* [1975], trad. cast. de D. Ribes, *Tratado contra el método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento*, Tecnos, Madrid, 1981, cap. V, pp. 49-50. Sobre la relación entre teoría y observación, cf. también C. Glymour, *Theory and Evidence*, Princeton UP, Princeton, 1980; G. Giorello, «Ipotesi, calcoli, conoscenza», en *Enciclopedia Einaudi*, vol. XV, Einaudi, Torino, 1982, pp. 916-947; I. Hacking, *Representing and Intervening* [1983], trad. cast. de S. F. Martínez, *Representar e intervenir*, Paidós, México, 1998; G. Rigamonti, *Teoria e osservazione. Un'interpretazione storica*, Clueb, Bologna, 1984; N. Goodman, *Fact, Fiction and Forecast* [1954], trad. cast. de J. Rodríguez Marqueze, *Hecho, ficción y pronóstico*, Síntesis, Madrid, 2004; A. Franklin, *Experiment, Right or Wrong*, Cambridge UP, Cambridge, 1990.

50. C. G. Hempel, «El dilema del teórico», cit., § 2, p. 182.

51. *Ibid.*, pp. 186 ss. Sobre la interpretación empírica de las teorías, cf. también R. Carnap, *Foundations of Logic and Mathematics* [1939], trad. cast. de M. de Mora Charles, revisión y notas de J. Mascareño, *Fundamentos de lógica y matemáticas*, Taller de Ediciones Josefina Betancor, Madrid, 1975, § 23, pp. 124 ss.; Íd., «El carácter metodológico de los conceptos teóricos», cit., donde las proposiciones interpretativas son llamadas «reglas de correspondencia».

52. «Enunciados protocolares» o «protocolos» o «lenguaje protocolar» (*Protokollsprache*) son expresiones que se remontan al fisicalismo del primer neopositivismo lógico. Con ellas Rudolf Carnap quiso designar los enunciados elementales y originarios que constituyen la base empírica de la ciencia en la medida en que resultan de la observación directa y «no requieren confirmación ulterior alguna» («Die physikalische Sprache als Universalsprache der Wissenschaft»: *Erkenntnis* 2 [1931], 437 y 438). Esta concepción de los protocolos como dotados de verdad objetiva fue justamente criticada y revisada por Otto Neurath en su artículo «Protokollsätze» (1932-1933), ahora en A. J. Ayer (ed.), *El positivismo lógico*, trad. cast. de L. Aldama, U. Frisch, C. N. Molina, F. M. Torner y R. Ruiz Harrel, FCE, México, 1965 («Proposiciones protocolares», pp. 205-214). Neurath, desde luego no para impugnar el fisicalismo de Carnap, sino al contrario, para «asegurar cada vez con mayor firmeza las amplias bases comunes de trabajo, propias de nosotros los fisicalistas», sostuvo que «la búsqueda de este lenguaje protocolar [...] puede conducir fácilmente a desviaciones metafísicas»: en efecto, «[n]o hay forma de tomar oraciones protocolares concluyentemente establecidas como punto de partida de las ciencias. No hay una *tabula rasa*. Somos como navegantes que tienen que transformar su nave en pleno mar, sin jamás poder

desmantelarla en un dique de carena y reconstruirla con los mejores materiales» (*ibid.*, pp. 214, 207, 206). Sobre la cuestión, cf. D. Zolo, *Scienza e politica in Otto Neurath. Una prospettiva post-empiristica*, Feltrinelli, Milano, 1986, pp. 49-62. No hace falta decir que el lenguaje de la dogmática, fruto de interpretaciones inevitablemente opinables, no es en modo alguno un lenguaje «protocolar». Sin embargo, justamente la naturaleza lingüística del universo empírico de la ciencia del derecho permite afirmar —en apoyo de la mayor plausibilidad, respecto a las demás ciencias empíricas, de la distinción entre lenguaje teórico y lenguaje (dogmático)-observacional— que justamente los rasgos fiscalistas que hacen contingente y provisional, como escribió Neurath, todo enunciado protocolar acerca de fenómenos del mundo físico están ausentes en las proposiciones de las disciplinas jurídicas (como la ejemplificada en el texto, que reproduce el citado art. 2043), que simplemente reformulan enunciados legislativos, como es obvio con los márgenes de incertidumbre y opinabilidad propios de toda actividad interpretativa.

53. R. B. Braithwaite, *Scientific Explanation* [1953], trad. cast. de V. Sánchez de Zavala, *La explicación científica*, Tecnos, Madrid, 1965, cap. I, p. 31, nota 9.

54. Sobre la distinción entre «definiciones lexicográficas», «definiciones estipulativas» y «redefiniciones», cf. U. Scarpelli, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo* [1959], nueva ed. a cargo de A. Pintore, Giuffrè, Milano, 1985, cap. I, § 5, pp. 71-76. Sobre mi distinción entre lenguaje teórico y lenguaje dogmático, remito a *Teoria assiomatizzata*, cit., Introducción, pp. 11-17; «La semántica...», cit., § 5, pp. 44-56; «La formación...», cit., § 2, pp. 79-80; «La pragmática...», cit. Cf. también *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., I, § 1, pp. 19-21 y II, §§ 2 y 5, pp. 141-146 y 173-175.

55. C. G. Hempel, *Fundamentos de la formación de conceptos en ciencia empírica*, cit., § 3, pp. 20-21. Para referirse a las definiciones llamadas aquí «lexicográficas», que analizan el significado de palabras ya en uso y que por lo tanto son calificables como verdaderas o falsas con respecto a los usos lingüísticos analizados, Hempel habla de «definiciones reales» o de «análisis del significado», mientras que llama «definiciones nominales» a las definiciones aquí llamadas «estipulativas» o «convencionales», que sirven para «introducir o definir una nueva expresión» (*ibid.*, §§ 2-4, pp. 13-34).

56. «Nada hay que simplemente *corresponda* a estos términos jurídicos, y cuando tratamos de definirlos nos hallamos con que las expresiones que ofrecemos en nuestra definición y que especifican tipos de personas, cosas, cualidades, acontecimientos y procesos materiales o psicológicos, jamás son el equivalente preciso de aquellos términos jurídicos, si bien se hallan a menudo conectados con ellos de alguna manera» (H. L. A. Hart, «Definition and Theory in Jurisprudence» [1953], trad. cast. de G. R. Carrió, «Definición y teoría en la ciencia jurídica» en H. L. A. Hart, *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, cit., pp. 43-138; § 1, p. 97).

57. Prueba de ello es el hecho de que de un mismo término cabe dar tanto una definición teórica como una definición dogmática, distintas la una de la otra. Piénsese, por ejemplo, en el concepto de 'bienes', definido necesariamente por la dogmática, con arreglo a la definición legislativa establecida por el artículo 810 del Código Civil italiano, como «las cosas que pueden ser objeto de un derecho subjetivo» y extendido aquí, en virtud de la definición teórica D7.19, a «lo que puede ser objeto de situaciones jurídicas», a fin de incluir tanto los bienes inmateriales (D7.21), que no son cosas, como los bienes ilícitos (D11.33), que son objeto de prohibiciones (como por ejemplo la droga y las armas, de las que pue-

de estar prohibida la posesión o el tráfico); o en el concepto de ‘norma’, definida aquí como cualquier regla que sea efecto de un acto (D8.1), incluidas por tanto las reglas producidas por actos negociales, y distinto por consiguiente del acogido por la jurisprudencia y la dogmática italianas sobre la base de la interpretación consolidada de la expresión «normas de derecho» usada por los códigos de procedimiento civil (art. 360.3.º) y penal (art. 524) y referida exclusivamente a las normas producidas por actos de derecho público (véase la nota 3 del capítulo VIII); o, también, en los conceptos de ‘capacidad jurídica’ y ‘capacidad de obrar’, que como veremos en el § 7.4 son definidos por la dogmática civilista el uno como «la aptitud del hombre para ser titular de derechos y deberes» y el otro como la aptitud del mismo «para realizar actos jurídicos mediante los que adquirir derechos o asumir deberes» (F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, Cedam, Padova, 1990, vol. I, § 28, p. 126 y § 33, p. 137) y cuya noción he ampliado igualmente extendiendo el primero a la aptitud de la persona para convertirse en titular de cualquier situación (D7.8), incluidas la competencia (T10.86) y la responsabilidad, y el segundo a su aptitud para realizar cualquier acto jurídico (D7.7), incluidas por consiguiente también la capacidad de obrar (o imputabilidad) penal y la política.

58. Ejemplares, bajo este aspecto, han sido el debate sobre los derechos fundamentales reproducido en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., y los desacuerdos surgidos en él (véanse mis réplicas, *ibid.*, II, §§ 1-2, pp. 139-153 y III, § 1, pp. 287-291). Sobre la distinción entre estas diversas cuestiones y los discursos correspondientes, remito a «Diritti fondamentali e democrazia costituzionale», cit., pp. 331-350, y a *Garantismo. Una discusión...*, cit., cap. III.

59. N. Bobbio, «Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje», cit.; Íd., *Teoria della scienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 1950, pp. 217 ss.

60. Mario Jori habla al respecto de lenguaje «administrado» por jueces y juristas: cf. M. Jori, «Definizioni giuridiche e pragmatica», en P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1995. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1995, § 5, p. 123; Íd., «Uberto Scarpelli tra semantica e pragmatica del dritto», en L. Gianformaggio y M. Jori (eds.), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 520 ss.; Íd., «Pragmatica, scienza giuridica e diritti», en *Analisi e diritto 2002-2003*, cit., pp. 377-411.

61. Se trata de un caso en el que, como dice Carnap, «el lenguaje-objeto y el metalenguaje son el mismo, por ejemplo, cuando hablamos en inglés acerca del inglés» (*Fundamentos de lógica y matemáticas*, cit., p. 19).

62. Una clara exposición del método axiomático es aún la ofrecida por A. Tarski, *Introduction to Logic and to the Methodology of Deductive Sciences* [1941], trad. cast. de T. R. Bachiller y J. R. Fuentes, *Introduzione a la lógica y a la metodología de las ciencias deductivas*, Espasa-Calpe, Madrid, 1977, cap. VI, pp. 149-173. Véanse también R. Carnap, *Einführung in die symbolische Logik mit besonderer Berücksichtigung ihrer Anwendungen* [1954], trad. it., *Introduzione alla logica simbolica*, La Nuova Italia, Firenze, 1978, § 42, pp. 264-274; R. Blanché, *L'axiomatique*, PUF, Paris, 1955; C. G. Hempel, «El dilema del teórico», cit., § 4, pp. 186-189; R. B. Braithwaite, *op. cit.*, cap. II, pp. 39-65.

63. Es la caracterización de «norma» propuesta por H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, cit., p. 107.

64. Sobre la necesidad de que a cada signo descriptivo haya de corresponderle, en todas sus apariciones, «la misma extensión», es decir, la misma «clase de individuos» y el mismo tipo o «dominio de objetos», cf. R. Carnap, *Introduzione alla logica simbolica*, cit., § 11, pp. 72-75 y § 25, pp. 148-156. El respeto de

esta regla, que será formulada en el § 5 de los Preliminares, servirá también para determinar los distintos campos o temas de la teoría.

65. Sobre la distinción entre «contexto de descubrimiento» (o de «hallazgo») y «contexto de justificación» (o «de control») —formulada por vez primera por H. Reichenbach, *Experience and Prediction*, University of Chicago Press, Chicago, 1938, y convertida después en un lugar común de la filosofía de la ciencia—, véanse, por lo que respecta a su utilización en el razonamiento de los juristas, A. Aarnio, *The Rational as Reasonable* [1987], trad. cast. de E. Garzón Valdés, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 57-58, que declara asumir, respecto a la dogmática, únicamente el contexto de justificación; P. Comanducci, «Aarnio ed il problema della certezza del diritto», en P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto* 1994. *Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 117-122, crítico respecto al uso de la distinción que lleva a cabo Aarnio; T. Mazzarese, «Scoperta vs. giustificazione. Una decisione dubbia in tema di decisioni giudiziali», en *Analisi e diritto* 1995, cit., pp. 145-196, que también se declara escéptica sobre el valor explicativo de la distinción. La distinción me parece en cambio útil para dar cuenta —si no del razonamiento interpretativo, ya sea dogmático u operativo— de los procesos de elaboración teórica, en los que los dos contextos, aun distintos en el plano conceptual, resultan de hecho estrechamente conectados.

66. Para la formulación de las reglas del lenguaje teórico he utilizado R. Carnap, *Logische Syntax der Sprache* [1934], trad. it. de A. Pasquinelli de la ed. inglesa de 1937, *Sintassi logica del linguaggio*, Silva, Milano, 1961; Íd., *Fundamentos de lógica y matemáticas*, cit. Para las reglas de transformación he utilizado también W. V. O. Quine, *Methods of Logic* [1959], trad. cast. de J. J. Acero y N. Guasch, *Los métodos de la lógica*, Ariel, Barcelona, ²1980; E. Casari, *Lineamenti di logica matematica*, cit.; G. E. Hughes y M. J. Cresswell, *An Introduction to Modal Logic* [1968], trad. cast. de E. Guisán, *Introducción a la lógica modal*, Tecnos, Madrid, 1973.

67. Como se verá mejor en el § 5.8 —cuando introduzca las definiciones D5.4-D5.6 de ‘grado superior’, ‘grado subordinado’ y ‘relación de grado’—, los índices numéricos se utilizarán para distinguir, dentro de una misma expresión, entre diversos actos, situaciones o normas jurídicas que están entre sí en una relación de grado: por ejemplo, para distinguir el acto jurídico (ATTx1), que es causa de una situación o de una norma jurídica, del acto subordinado a él (ATTx2) que es actuación —esto es, ejercicio, obediencia o desobediencia— de dicha situación o de dicha norma; o para distinguir la situación jurídica (SITy1) o la norma jurídica (NORy1), que es modalidad o regla de un acto, de la situación (SITy2) o de la norma (NORy2) de grado subordinado a ella que es efecto de dicho acto. Añado que también forman parte del vocabulario metateórico en el que están formuladas las reglas de transformación —pero no del vocabulario de la teoría— las variables predicativas P y Q.

Preliminares

LOS TÉRMINOS PRIMITIVOS Y LOS POSTULADOS

1. *Los términos primitivos*

En estos Preliminares enumeraré los términos primitivos (o indefinidos) y los postulados (o tesis primitivas, o indemostradas) de la teoría del derecho que me propongo construir. Se trata, como he dicho en la Introducción, de un conjunto de premisas abierto, que puede ser ampliado, allí donde lo requiera el desarrollo de la teoría, con la estipulación de nuevos términos o tesis primitivas. A pesar de hallarse inicialmente indeterminado, el significado tanto de los términos primitivos como de los postulados irá siendo precisado progresivamente por el uso que se hará de ellos en el desarrollo de la teoría. Con todo, será útil ofrecer ya desde estos Preliminares una interpretación semántica de los mismos, aunque sea sumaria.

Asumo por tanto como términos primitivos los dieciséis predicados siguientes:

‘permitido (que’ o ‘que no’)
‘comportamiento’
‘modalidad’
‘expectativa’
‘interés’
‘estatus’
‘sujeto’
‘objeto’
‘significado (prescriptivo)’
‘regla’
‘conjunto’
‘causa’
‘constituyente’
‘constatación’
‘fuerza’
‘democrático’

Usaré estos términos y todos aquellos definidos a partir de ellos como predicados monádicos o como predicados diádicos, indicando con las letras $x, y, z, w...$ las variables individuales a las que van referidos. No emplearé en cambio predicados triádicos (con la única excepción del término ‘constitución’), tetrádicos o poliádicos de cualquier otro tipo. Algunos términos —como ‘permitido’, ‘comportamiento’, ‘constituyente’, ‘fuerza’ y ‘democrático’— se usarán siempre como predicados monádicos, esto es, para designar una propiedad de sus respectivos temas: como en las expresiones ‘ $PERx$ ’ (x esta permitido’), ‘ $PERLx$ ’ ($no-x$ está permitido’) y ‘ $COMx$ ’ (x es un comportamiento’). Otros —como ‘causa’, ‘conjunto’ y ‘constatación’— serán usados siempre como predicados diádicos, es decir, para designar la relación binaria que existe entre un par de temas: como en las expresiones ‘ $CAUxy$ ’ (x es causa de y) y ‘ $ACCwx$ ’ (w es constatación de x), en las cuales la relación designada es la expresada en el lenguaje común por la preposición «de», que liga los dos temas del predicado.

En cambio, todos los demás términos —‘modalidad’, ‘expectativa’, ‘interés’, ‘estatus’, ‘regla’, ‘sujeto’, ‘objeto’ y ‘significado’— se usarán, según el contexto, bien como predicados monádicos, es decir, en expresiones del tipo ‘ $MODy$ ’, ‘ $ASPy$ ’, ‘ $INTy$ ’, ‘ $STAy$ ’, ‘ $REGy$ ’, ‘ $SOGz$ ’, ‘ $OGGw$ ’ y ‘ $SIGy$ ’, bien como predicados diádicos, o sea, en expresiones del tipo ‘ $MODyx$ ’, ‘ $ASPyx$ ’, ‘ $INTyx$ ’, ‘ $STAyx$ ’, ‘ $REGyx$ ’, ‘ $SOGzx$ ’, ‘ $OGGwy$ ’ y ‘ $SIGyx$ ’. Lo mismo vale para todos los conceptos que se definen a partir de ellos, como por ejemplo ‘facultad’, ‘obligación’, ‘prohibición’, ‘norma deóntica’ y ‘norma constitutiva’, que se emplearán, dependiendo de los casos, ya para enunciar una propiedad, es decir, para predicar de un cierto tema que es una facultad, una obligación, una prohibición, una norma deóntica, o una norma constitutiva (‘ $FACy$ ’, ‘ $OBLy$ ’, ‘ $DIVy$ ’, ‘ $NDEy$ ’ y ‘ $NCOy$ ’), ya para enunciar una relación, esto es, para predicar de aquel tema que es facultad, u obligación, prohibición, norma deóntica, o constitutiva *de* otro tema diferente (‘ $FACyx$ ’, ‘ $OBLyx$ ’, ‘ $DIVyx$ ’, ‘ $NDEyx$ ’, ‘ $NCOyx$ ’). Los dos tipos de contexto serán no obstante transformables el uno en el otro con arreglo a un postulado metalingüístico, el postulado PM, que introduciré en el § 3 de estos Preliminares.

Se habrá advertido que no he introducido entre los términos primitivos la palabra «derecho». Esta palabra, cuando no es usada en el sentido de derecho subjetivo (como en las expresiones «derecho de propiedad», «derecho de crédito», «derecho de libertad», «derecho a la salud», etc.) o en el de ordenamiento o subsistema jurídico (como en las expresiones «derecho italiano», «derecho francés», «derecho romano», «derecho civil», «derecho penal», etc.), designa en efecto una de esas nociones amplias y genéricas que, si bien pueden suscitar el interés del filósofo, exceden del campo de investigación de la teoría y la ciencia del derecho. Desde el punto de vista de la ciencia jurídica sólo podemos decir que «derecho» denota el universo del discurso de la teoría *del* derecho y, más en general, de la ciencia *del* derecho. En este sentido, como se ha dicho

desde el primer párrafo de la Introducción, la palabra pertenece al metalenguaje teórico —y más concretamente al metalenguaje semántico de la teoría— y puede servir perfectamente, sin necesidad alguna de estipular siquiera su definición metateórica, como nombre de la ciencia del derecho, del mismo modo que las palabras «física», «economía», «lógica», etc., son los nombres de las ciencias correspondientes aun sin aparecer nunca en su vocabulario teórico o metateórico.

2. Una interpretación de los términos primitivos

Los términos primitivos —además de admitir de manera aproximativa los significados intuitivos sugeridos por su uso en el lenguaje común— tienen el sentido, aunque sea implícito, con el que se emplearán en los postulados y después en las definiciones y en los teoremas que irán desarrollándose en el transcurso de la teoría. No obstante, para reducir desde ahora su indeterminación, ofreceré aquí una interpretación sumaria de los mismos, ejemplificando sus usos en contextos relativamente elementales y asumiendo como referencia empírica para los once primeros el universo de cualquier discurso prescriptivo y para los cinco restantes el universo más específico del discurso jurídico.

Convendré en entender con '*permitido que*' y '*permitido que no*' los que llamaré los «modos deónticos» asociables a una acción de la que se consienta la comisión (x) o la omisión ($\perp x$); y con '*comportamientos*', aquellas actividades específicas que son las «acciones humanas». Y utilizaré tales términos en contextos monádicos del tipo ' x es un comportamiento' ($COMx$) del que 'está permitida' o 'no permitida' la comisión ($PERx$, $\neg PERx$) y/o la omisión ($PER\perp x$, $\neg PER\perp x$), a los que se ajustan tesis como «la manifestación del pensamiento es un *comportamiento*» y «está *permitida* por el artículo 21 de la Constitución italiana tanto su comisión como su omisión», «el hurto es un *comportamiento*» y «no está *permitida* ni por el Decálogo ni por el código penal su comisión», «contribuir a los gastos públicos en proporción a la propia capacidad contributiva es un *comportamiento*» y «no está *permitida* su omisión por el artículo 53 de la Constitución italiana», etc. Por medio de '*permitido que*' y '*permitido que no*' se definirán después, a partir del capítulo I, los otros cuatro modos deónticos: '*prohibido*', '*obligatorio*', '*facultativo*' y '*vinculado*'.

Usaré en cambio '*modalidad*' en el sentido de «figura de calificación deóntica activa», esto es, como predicado asociable no ya a un comportamiento sino a la figura deóntica que tiene como tema dicho comportamiento; para designar, por tanto, las figuras del '*permiso positivo*' (o de la comisión) y/o del '*permiso negativo*' (o de la omisión) de un comportamiento dado, así como las figuras de la '*facultad*', la '*prohibición*' y la '*obligación*' definibles a partir de ellas. A diferencia de los términos que designan los correspondientes «modos deónticos» —como '*permitido*

que', 'permitido que no', 'obligatorio' y 'prohibido', predicables de los comportamientos de manera inmediata (como en la tesis «en los locales públicos *esta prohibido fumar*»)—, estos términos designan figuras de calificaciones deónticas de comportamientos (como en la tesis «en los locales públicos *existe la prohibición de fumar*»): por tanto, no el comportamiento facultativo, sino la facultad misma; no el comportamiento prohibido, sino su prohibición; no el comportamiento obligatorio, sino su obligación. Y por consiguiente serán usados ya en contextos monádicos (*MODy*, *FACy*, *DIVy*, *OBLy*) para designar otras tantas propiedades, como en la tesis «la libertad de prensa es una *modalidad* y concretamente una *facultad*», ya en contextos diádicos (*MODyx*, *MODyLx*, *FACyx*, *FACyLx*, *DIVyx*, *OBLyx*) para designar las relaciones entre ellas y los comportamientos que califican, como en la tesis «la libertad de prensa es *modalidad* (y concretamente *facultad*) de las manifestaciones del pensamiento por medio de la imprenta».

El mismo discurso vale para '*expectativa positiva*' (o de la comisión) y '*expectativa negativa*' (o de la omisión), que de manera análoga usaré como «figuras de calificación deóntica pasivas» bien en contextos monádicos (*ASPy*) del tipo «a toda obligación y a toda prohibición les corresponde una *expectativa*», bien en contextos diádicos (*ASPyx*, *ASPyLx*) del tipo «el derecho de crédito es la *expectativa* de una prestación del deudor» o «el derecho de propiedad es la *expectativa* de no perturbación en el disfrute del bien que es su objeto». A diferencia de lo que ocurre con 'modalidad', 'expectativa' es predicable por otra parte no sólo en relación con (la comisión o la omisión de) un comportamiento del sujeto al que se imputa, sino también con un comportamiento de otros. Por consiguiente serán definibles a partir de ella todas las situaciones jurídicas que llamaré «pasivas», como por ejemplo los derechos subjetivos, caracterizables todos ellos, incluso cuando incluyen también facultades, como expectativas de no lesiones o de prestaciones, así como las relaciones jurídicas de sus titulares con los titulares de las situaciones que llamaré «activas» en tanto que consistentes en las obligaciones y prohibiciones correspondientes.

Entenderé a continuación el término '*estatus*' —que emplearé tanto en contextos monádicos (*STAy*) del tipo «la ciudadanía es un *estatus* de la persona», como en contextos diádicos (*STAyx*) del tipo «la ciudadanía es el *estatus* de cuantos son ciudadanos»— en el sentido de «identidad» o «calificación óntica dentro de un sistema deóntico»: esto es, para designar aquellas calificaciones que son instituidas por reglas en lo que respecta a su tema a fin de determinar su posición en un sistema deóntico determinado. Hablaremos así del estatus de «torre», «caballo», «peón», «rey» o «reina» para designar la identidad y el papel de una pieza determinada en el juego del ajedrez; o del estatus de «portero» o de «árbitro» en el juego del fútbol; o de los de «padre», «madre», «joven» o «anciano» en las reglas de etiqueta; o, finalmente, de los de «persona», «ciudadano», «mayor de edad», «cónyuge», «hijo», «empresario» o «bien

demanial» en un ordenamiento jurídico determinado. Se trata de una noción más extensa que la que se utiliza en el lenguaje jurídico común: ya sea porque es utilizable en cualquier sistema deóntico y no sólo en los sistemas jurídicos, ya porque puede referirse a la identidad instituida por lo que llamaré «preceptos» y «reglas constitutivas» no sólo respecto a sujetos sino también a objetos.

Lamaré '*sujeto*' a cualquier «centro de imputación» de comportamientos, modalidades, expectativas o intereses, como los seres humanos, pero también los entes y asociaciones de seres humanos: tanto si se usa en contextos monádicos (SOGz), a los que se ajustan aserciones como «Ticio (o tal sociedad comercial, o tal ente público) es un *sujeto*», como si se usa en contextos diádicos (SOGzx), a los que se ajustan aserciones como «el arrendatario es el *sujeto del* uso del bien arrendado, *del* derecho correspondiente y *de* la obligación de pagar la renta», «toda persona es *sujeto de* las prohibiciones penales, *de* los delitos eventualmente cometidos y *de* la consiguiente responsabilidad penal», etcétera.

Entenderé por '*objeto*' —en contextos diádicos (OGGwx) del tipo «todos los bienes pueden ser *objeto de* comportamientos de uso o de intercambio», «los bienes inmuebles son *objeto de* derechos reales», etc.— un concepto bastante genérico, que como veremos tiene el valor de una especie de conectiva entre comportamientos, o modalidades, o estatus y otros términos de la teoría. En particular, utilizaré este concepto para definir, en el § 3.9, las '*cosas*', esto es, las entidades físicas distintas de los sujetos y materialmente disponibles o utilizables. Sobre esta base desarrollaré después, en los §§ 7.11 y 11.7-11.11, los primeros elementos de una teoría de los bienes articulada en las figuras diversas de los bienes fundamentales y los bienes patrimoniales, de la propiedad y de los demás derechos reales, así como de los correspondientes actos de disposición e intercambio.

Denominaré '*regla*' a cualquier modalidad, expectativa o estatus de carácter general y/o abstracto en virtud de la cuantificación universal de sus temas, esto es, de los sujetos que son sus destinatarios o de los comportamientos regulados por ellos. Y utilizaré este término sea en contextos monádicos (REGy) del tipo «los diez mandamientos son *reglas*», «las normas dictadas en el código penal son *reglas*», sea en contextos diádicos (REGyx) del tipo «el artículo 625 del Código Penal italiano es la *regla (tipificadora)* del hurto, es decir, la *prohibición de* la clase de comportamientos calificados por ella como '*hurtos*'» y «el artículo 2 del Código Civil italiano es la *regla (constitutiva)* de la capacidad de obrar, esto es, del *estatus* de capaz de obrar que corresponde a la clase de los sujetos identificados por ella como '*mayores de edad*'».

Denominaré entonces a todas las figuras de calificación, ya sea óntica o deóntica —las modalidades, las expectativas, las reglas y los estatus—, con el término '*significado prescriptivo*'. Y usaré este término, además de en contextos monádicos (SIGy) del tipo «las normas son '*significados prescriptivos*'» (T8.5), en el contexto diádico '*SIGyx*' para indicar la re-

lación que se da entre los significados prescriptivos y los signos preceptivos que los expresan: como en las tesis «la libertad de expresión del pensamiento es el *significado* del artículo 21 de la Constitución italiana», «la prohibición de cruzar la calle es el *significado* expresado por el semáforo en rojo», «la constitución del estatus de fallecido es el *significado* de la sentencia que declara la muerte presunta», etc. Es evidente por otra parte que los significados prescriptivos son asociados a un signo por un intérprete y por lo tanto varían según las opciones interpretativas que lleve a cabo.

Prosigo: usaré el término '*interés*' en el sentido de «aquello de lo que es útil el uso o el acaecimiento (o el no uso o el no acaecimiento)» o, de modo más genérico, en el de «bien» o «mal» para quien es su sujeto. Y lo emplearé en contextos monádicos del tipo «todo derecho subjetivo refleja un *interés*» (*INTy*) o en los dos contextos diádicos contrapuestos del *interés positivo* o *a la comisión* (*INTyx*) y del *interés negativo* o *a la omisión* (*INTyLx*) de un comportamiento determinado. No se trata, como es obvio, de una figura de calificación deóntica, ni tampoco de un significado, por más que, como ocurre con las modalidades y las expectativas a las que con frecuencia se encuentra asociado, su tema pueda ser tanto la comisión como la omisión de un comportamiento. Al igual que el resto de los términos enumerados hasta aquí, por otra parte, «*interés*» es también un concepto prejurídico. Pero se revelará esencial para esclarecer las características sustanciales de muchas situaciones jurídicas, desde los derechos subjetivos a las funciones públicas y a los distintos tipos de responsabilidad, así como la estructura de la relación de representación y de los estatutos de las personas jurídicas.

Por fin, usaré el término '*conjunto*' como sinónimo de «clase» o «agregado»: pero no en el sentido, propio de los usos de la lógica, de «clase» determinada por una función proposicional monádica (por ejemplo, la clase de los comportamientos designada por el concepto de 'comportamiento'), sino como término teórico diádico (*INSwx*) en contextos del tipo «la urbanidad es un conjunto *de* reglas» o «la humanidad es el conjunto *de* los seres humanos». En la teoría del derecho, en particular, será utilizado en la definición de términos como 'ordenamiento' (en tanto que agregado *de* normas), 'sujeto colectivo' y 'pueblo' (como agregado *de* sujetos), 'patrimonio' (como agregado *de* bienes), 'esfera jurídica' (como agregado *de* situaciones jurídicas), etcétera.

A diferencia de los términos enumerados hasta este momento, que pertenecen todos a la deóntica, es decir, a la teoría general de los sistemas normativos, '*causa*' es un término propio —y esencial— de la teoría del derecho. En efecto, este concepto se configurará como una noción clave para la explicación de la fenomenología del derecho positivo, a partir del postulado iuspositivista según el cual toda norma, *estatus* o situación (a excepción de la constituyente) es siempre un efecto producido por un acto que es precisamente su '*causa*'. Se empleará por tanto, bien lejos de su uso civilista tradicional, como sinónimo de 'acto jurídico',

esto es, como categoría general para designar, en el contexto diádico ‘CAUxy’, cualquier comportamiento que sea determinante (o presupuesto, o título, o justificación) de un «efecto» jurídico: como en las tesis —formuladas con arreglo al derecho italiano— «el contrato es *causa*, según el artículo 1321 C.C., *de* la constitución, regulación o extinción entre dos o más partes de la relación jurídica patrimonial acordada por ellas»; «la venta es *causa*, según el artículo 1470 C.C., *de* la transmisión de la propiedad de una cosa o de otro derecho a cambio de un precio»; «la ley es *causa de* las normas expresadas en ella»; «el homicidio es (tá previsto por el artículo 575 C.P. como) *causa de* la sujeción a una pena de reclusión no inferior a 21 años», etcétera.

Lamaré ‘*constituyentes*’ a aquellas específicas modalidades, expectativas, comportamientos y sujetos jurídicos que, a diferencia de todos los demás, tengan carácter originario y por así decir fundante. Y usaré dicho término para designar: *a*) aquella modalidad o situación que, a diferencia de todas las demás que son constituidas o positivas, no está producida por ninguna causa; *b*) aquel acto que, a diferencia de todos los demás, es ejercicio de una situación constituyente; *c*) aquellos sujetos que son autores de actos constituyentes. Este término —que alude (y sustituye) a la noción tradicional de «soberanía» o a la kelseniana de «norma fundamental»— se usará aquí sólo en contextos monádicos (COSy, COSz, COSx) del tipo «el poder constituyente, si es democrático, tiene como titular al conjunto de los sujetos que integran un pueblo», «si un poder determinado es constituyente, entonces no hay una causa del mismo» «los sujetos constituyentes no son nunca personas jurídicas artificiales, sino siempre y únicamente personas físicas o naturales», etc. Pero nada excluye su posible utilización también en contextos diádicos (COSxy), como en la frase «el acto con el que se instaura un ordenamiento es *constituyente de* su estatuto o Constitución».

Usaré ‘*constatación*’ —en contextos diádicos del tipo ‘ACCxy’— en el sentido de «aseveración», es decir, para designar un acto jurídico que predique la «verdad» de una tesis relativa a un tema cualquiera. Los temas «constatados» en ese sentido, como veremos en el capítulo VIII, pueden ser o bien comportamientos, como los que son productores de efectos, o bien significados prescriptivos, como las modalidades, las expectativas, los estatus, las situaciones, las reglas y las normas. En el primer sentido, ejemplificado por tesis del tipo «la sentencia *w* es constatación del acto ilícito *x*», el término será usado para designar lo que llamaré ‘*prueba*’ del hecho del que la sentencia «constate» la existencia (D6.5). En el segundo sentido, ejemplificado por tesis del tipo «la sentencia *w* es constatación de la prohibición *y*, violada por el acto ilícito *x*», será usado para designar lo que llamaré ‘*interpretación*’, es decir, la atribución a un enunciado de un significado prescriptivo como es precisamente la prohibición del acto ilícito probado (D6.6).

Designaré por otra parte con el término ‘*fuerza*’ —en contextos monádicos (FZA x) del tipo «el comportamiento *x* es un acto de uso de la

fuerza», o «está prohibido el uso de la fuerza no disciplinado por reglas»— un concepto de la teoría usualmente pasado por alto: el recurso a la violencia, cuya regulación y minimización es el fin del derecho, hasta el punto de constituir el criterio de distinción con el no-derecho, es decir, con la ausencia o la violación del derecho. Denominaré por tanto con este término bien al uso lícito de la fuerza, que caracteriza a las sanciones dispuestas por normas jurídicas, bien a su uso ilícito, como es siempre, en los ordenamientos estatales modernos y en el derecho internacional contemporáneo, la violencia sin reglas de la criminalidad y la guerra.

Por fin, adoptaré '*democrático*' para designar un valor límite y regulativo —o mejor, un conjunto complejo de valores límite y regulativos— cuya satisfacción remite a múltiples y variadas condiciones, no sólo jurídicas o internas sino también extrajurídicas o externas. Por lo general el término «democracia» (y «democrático») se considera ajeno a la teoría del derecho y perteneciente sólo a la filosofía y la teoría políticas. Pero designa un modelo institucional que también es jurídico, además de político, dado que exige, como condición necesaria aunque no suficiente, la articulación en normas jurídicas de todas sus diversas dimensiones, formas, contenidos y niveles. Dicho concepto, por tanto, no sólo no puede ser ignorado, sino que desempeña un papel central en una teoría del derecho que pretenda dar cuenta de las estructuras normativas de los ordenamientos avanzados actuales. Por otra parte, a diferencia del resto de términos primitivos (excepto 'conjunto'), el término '*democrático*' no aparecerá en ningún postulado y quedará por consiguiente completamente indefinido. Podrán estipularse en cambio, en referencia a ciertos contextos —como la definición de 'poder constituyente', de 'acto constituyente' y de 'constitución'—, algunas de sus condiciones necesarias pero no suficientes, en expresiones del tipo «si una constitución (o un ordenamiento) es democrática [...] entonces es necesario que...». Está claro que en este sentido su empleo cumple una función normativa, por así decir externa al sistema jurídico, y confiere a las tesis en las que es utilizado el carácter de principios y modelos axiológicos, a su vez regulativos.

Aunque genéricas, estas interpretaciones permiten asociar a los contextos de nuestros términos primitivos —empezando por los postulados, que sólo harán uso de los mismos— un cierto significado empírico capaz de ajustarse a ellos. El conjunto de dichos contextos sirve para determinar —aun con los márgenes de incertidumbre que resultan de esta sucinta explicación de su significado— el campo de la teoría, esto es, su objeto o universo, designado por el término metateórico «derecho».

3. *Los postulados*

La sucinta interpretación de los términos primitivos que se acaba de formular, si por un lado da sentido —aunque a su vez sea sumario— a

los postulados de la teoría que hacen uso de tales términos, por otro resulta ulteriormente precisada por dichos postulados. Los postulados equivalen en efecto, por así decir, a definiciones implícitas de los términos primitivos, al hacer que sólo quepa asociar a éstos los significados que satisfacen las relaciones establecidas por aquéllos.

Asumo como postulados las dieciséis proposiciones siguientes:

P1 *De lo que no está permitida la comisión está permitida la omisión.*

$$(x)(\neg \text{PER}x \rightarrow \text{PER}\perp x)$$

P2 *Todo comportamiento supone la existencia de una modalidad por la que está calificado deónticamente.*

$$(x)(\text{COM}x \rightarrow (\exists y)\text{MOD}yx)$$

P3 *Si de algo existe la expectativa de la comisión, entonces existe también una modalidad correspondiente en virtud de la cual no está permitida su omisión, y viceversa.*

$$(x)((\exists y')\text{ASP}y'x \equiv (\exists y'')(\text{MOD}y''x \cdot \neg \text{PER}\perp x))$$

P4 *Para todo comportamiento, toda modalidad, toda expectativa y todo interés hay alguien que es su sujeto.*

$$(x)((\text{COM}x \vee \text{MOD}x \vee \text{ASP}x \vee \text{INT}x) \rightarrow (\exists z)\text{SOG}zx)$$

P5 *Los sujetos tienen un estatus, en virtud del cual no son objetos.*

$$(z)(\text{SOG}z \rightarrow (\exists y)(\text{STAY}y \cdot \neg \text{OGG}z))$$

P6 *Modalidades, expectativas, estatus y reglas suponen la existencia de algo de lo que son significados prescriptivos.*

$$(y)((\text{MOD}y \vee \text{ASP}y \vee \text{STAY}y \vee \text{REG}y) \rightarrow (\exists x)\text{SIG}yx)$$

P7 *Las reglas o bien son ellas mismas modalidades, o expectativas positivas, o expectativas negativas o estatus, o bien predisponen modalidades, o expectativas positivas, o expectativas negativas o estatus.*

$$(r)(x)(\text{REG}rx \rightarrow ((\text{MOD}rx \vee \text{ASPr}x \vee \text{ASPr}\perp x \vee \text{STAR}x) \vee (\exists y)(\text{REG}ry \cdot (\text{MOD}yx \vee \text{ASPy}x \vee \text{ASPy}\perp x \vee \text{STAY}x))))$$

P8 *Las modalidades, las expectativas y los estatus que son el tema de una clase de sujetos o tienen como tema una clase de comportamientos son reglas.*

$$(y)((x)((\text{MOD}y \vee \text{ASPy} \vee \text{STAY}) \cdot \text{SOG}xy) \vee ((\text{MOD}yx \vee \text{ASPy}x \vee \text{ASPy}\perp x) \cdot \text{COM}x)) \rightarrow \text{REG}y)$$

P9 *Un estatus supone siempre la existencia de su tema.*

$$(y)(STAy \rightarrow (\exists x)STAyx)$$

P10 *Toda causa es un comportamiento que, si no es constituyente, está previsto por una regla que a su vez tiene una causa y que dispone o predispone su modalidad y aquello de lo que es causa.*

$$(x_2)(y_2)(CAUx_2y_2 \rightarrow (COMx_2 \cdot (\neg COSx_2 \rightarrow (\exists r)(\exists x_1)(REGrx_2 \cdot CAUx_1r \cdot (MODrx_2 \vee (\exists y_1)(REGry_1 \cdot MODy_1x_2)) \cdot REGry_2))))))$$

P11 *Las modalidades y expectativas de una causa, cuando no sean constituyentes, suponen a su vez una causa y, cuando no sean ellas mismas reglas, están previstas por reglas que suponen a su vez una causa.*

$$(y_1)(M(\exists x_2)((MODy_1x_2 \vee ASPy_1x_2 \vee ASPy_1\perp x_2) \cdot (\exists y_2)CAUx_2y_2) \rightarrow (\neg COSy_1 \rightarrow ((\exists x_1)CAUx_1y_1 \cdot (\neg REGy_1 \rightarrow (\exists r)(\exists x_0)(REGry_1 \cdot CAUx_0r))))))$$

P12 *Si alguien está en condiciones de ser sujeto de un comportamiento consistente en una causa, entonces no es a su vez producto de una causa y está dotado de un estatus a su vez regulado por una causa.*

$$(z)(M(\exists x_2)(\exists y_2)(SOGzx_2 \cdot COMx_2 \cdot CAUx_2y_2) \rightarrow (\neg(\exists x_1)CAUx_1z \cdot (\exists y_1)(\exists x_1)(STAy_1z \cdot REGy_1 \cdot CAUx_1y_1))))$$

P13 *Aquello de lo que algo es causa, o regla, o bien modalidad o expectativa no constituyente, no es nunca constituyente.*

$$(x)(y)((CAUxy \vee REGxy \vee ((MODxy \vee ASPxy \vee ASPx\perp y) \cdot \neg COSx)) \rightarrow \neg COSy)$$

P14 *‘Constituyente’ no puede ser ni una expectativa positiva, ni una expectativa negativa, ni una modalidad de cuyo tema no esté permitida la comisión o la omisión.*

$$(y)(COSy \rightarrow \neg M(\exists x)(ASPyx \vee ASPy\perp x \vee (MODyx \cdot (\neg PERx \vee \neg PER\perp x))))$$

P15 *Dada una causa, o una modalidad, o una expectativa, o un estatus, su constatación es siempre, al mismo tiempo, constatación de su tema.*

$$(x)(y)((CAUxy \vee MODyx \vee ASPyx \vee ASPy\perp x \vee STAyx) \rightarrow (w)(ACCwx \equiv ACCwy))$$

P16 *El uso de la fuerza está permitido sólo si está disciplinado por reglas producidas por una causa.*

$$(x'')(FZAx'' \rightarrow (PERx'' \rightarrow (\exists r)(\exists y)(\exists x')(REGrx'' \cdot REGry \cdot MODyx'' \cdot CAUx'r))))$$

Sólo algunos de estos postulados son simples e intuitivos. Pero antes de explicar en el próximo parágrafo el sentido de cada uno de ellos, es necesaria una breve precisión de carácter sintáctico. Los postulados —al igual que las definiciones por lo que respecta a los términos definidos— exhiben la estructura sintáctica de las expresiones «bien formadas» y por lo tanto de los posibles contextos en los cuales serán empleados los términos primitivos. Algunos de estos términos, ya lo he dicho, serán usados sólo como predicados monádicos o sólo como predicados diádicos. Otros, en cambio, se utilizarán bien como predicados monádicos, bien como predicados diádicos. Diremos, por ejemplo, que un determinado tema es un sujeto, o también que es sujeto *de* un determinado acto, o *de* una determinada modalidad deóntica; o que consiste en una modalidad deóntica, o bien en la modalidad *de* un determinado comportamiento; o que consiste en una expectativa, o bien en la expectativa *de* una determinada prestación o una determinada no lesión. Está claro que ambos tipos de contextos están conectados entre sí: si afirmo que Ticio es un sujeto, pretendo decir que puede haber algo de lo que es sujeto, y viceversa; si enuncio la existencia de una modalidad, por ejemplo, de una prohibición, pretendo decir que puede llegar a existir el comportamiento prohibido que es el tema de la prohibición, y viceversa; si digo que tal derecho es una expectativa, pretendo decir que consiste en la expectativa *de* una posible prestación o no lesión que es actuación de la expectativa, y viceversa.

Expresaré esta conexión estipulando una regla acerca de las condiciones en las que estos dos tipos de contexto son equivalentes y por tanto transformables el uno en el otro. A nuestros dieciséis postulados añadido por consiguiente un decimoséptimo, que es en realidad un esquema de postulado: concretamente el postulado PM, enumerado entre las reglas de transformación —como axioma A12 del «cálculo específico» de esta teoría— en el § 4.4 de la Introducción al tercer volumen. Con arreglo al mismo, para los términos de la teoría que pueden ser usados bien como predicados monádicos o bien como diádicos vale que, cuando sean predicados como propiedades de un tema, lo son también como relaciones con otros *posibles* temas, y viceversa:

PM *Si un término designa la propiedad de un tema, designa también la relación que puede tener con otro tema, y viceversa.*

$(y)(Py \equiv M(\exists x)Pyx)$

del que derivan como corolarios las cuatro tesis siguientes:

PM.1 $(y)(Py \rightarrow M(\exists x)Pyx)$	PM/A4.1
PM.2 $(y)(M(\exists x)Pyx \rightarrow Py)$	PM/A4.2
PM.3 $(y)((\exists x)Pyx \rightarrow Py)$	PM.2/L16.5
PM.4 $(y)(Pyx \rightarrow Py)$	PM.3/L8.7, EU(x)

El postulado PM, así llamado porque es metalingüístico respecto a los demás, será utilizado, al igual que sus cuatro corolarios, como una regla específica del cálculo adoptado en esta teoría. Pero a pesar de ello no es propiamente una tesis lógica, sino una tesis teórica, cuya introducción responde a simples exigencias de economía. Es de hecho un esquema de postulado, que sustituye a un número indeterminado de equivalencias que bien podrían ser estipuladas mediante otras tantas definiciones, utilizando dos términos distintos para cada contexto y definiendo cada vez el usado como monádico con el correspondiente predicado diádico en la forma expresada por PM. Tendríamos así, para los diferentes predicados monádicos, una larga serie de definiciones del tipo: (i) «decir que y es un sujeto monádico ($SOMy$) equivale a decir que puede haber un x del que y es sujeto ($SOGyx$)»; (ii) «decir que y es una modalidad monádica ($MOMy$) —por ejemplo, una facultad, una obligación o una prohibición— equivale a decir que puede haber un x del que y es modalidad ($MODyx$)»; (iii) «decir que y es una expectativa monádica ($ASMy$) equivale a decir que puede haber un x del que y es expectativa ($ASPyx$)».

(i) $(y)(SOMy \equiv M(\exists x)SOGyx)$

(i) $(y)(MOMy \equiv M(\exists x)MODyx)$

(iii) $(y)(ASMy \equiv M(\exists x)ASPyx)$

Está claro que un procedimiento semejante daría lugar a un desarrollo tan prolijo como inútilmente complicado. Nuestro PM sirve para evitar estas complicaciones innecesarias permitiendo de un modo general la transformación de un contexto monádico en el correspondiente contexto diádico y viceversa, a condición de que el segundo quede sometido al operador de posibilidad y de que el tema con el que se predica la relación se cuantifique existencialmente. Por lo demás, las cuatro relaciones en las que PM puede ser descompuesto son todas intuitivas. Con arreglo a la primera (PM.1), dada una facultad, un derecho, una obligación, una prohibición o una expectativa, o bien un sujeto o un objeto P , puede haber (o acaecer) algo de lo que P es facultad, derecho, obligación, prohibición o expectativa, o bien sujeto u objeto. Con arreglo a las otras tres, si puede haber (o acaecer) (PM.2) —y con mayor razón si hay o acaece (PM.3 y PM.4)— algo de lo que otra cosa es P —esto es (en nuestros ejemplos), facultad, derecho, obligación, prohibición, expectativa, sujeto u objeto—, esta otra cosa es precisamente P , es decir, una facultad, un derecho, una obligación, una prohibición o una expectativa, o bien un sujeto o un objeto.

Más allá de su aparente trivialidad, este postulado tiene un importante valor teórico. Se revelará esencial, en particular, para dar cuenta de la normatividad de las figuras deónticas y por tanto también del derecho. En efecto, con arreglo al mismo toda modalidad o expectativa deóntica implica (no que existan sino tan sólo) que *pueden* existir (o acaecer) los comportamientos que son su tema. De ello derivará, como veremos en

el § 2.1, la configuración como nexo lógico-modal de «poder ser» (T2.2) —interpretable como deóntico gracias al postulado P6, que caracteriza las modalidades y expectativas como significados prescriptivos— de la relación de «deber ser» establecida por Hans Kelsen, elípticamente, entre el (acto) antecedente y el (acto) consecuente de la implicación expresada por una norma jurídica.

4. *Una interpretación de los postulados*

También el significado de los postulados —los nueve primeros, válidos para cualquier teoría deóntica; los otros siete, sólo para la teoría del derecho— se irá aclarando progresivamente por el uso que se hará de ellos en el transcurso de la teoría, a medida que vayan siendo introducidos y utilizados en la misma. Pero también de ellos, como de los términos primitivos, resulta útil dar desde ahora mismo una interpretación sumaria.

Como se ha visto, todos los postulados aquí propuestos hacen uso exclusivamente de los términos primitivos, que de ese modo resultan implícita aunque parcialmente definidos por los posibles significados que satisfacen las relaciones estipuladas por ellos. Muchas de las tesis que expresan, como se ha dicho, son relativamente intuitivas. Otras son bastante complejas y no comprensibles de manera inmediata. Pero en una teoría axiomatizada ni siquiera las tesis más elementales —y menos que ninguna, diría yo, las tesis más elementales— pueden darse por descontadas, entre otras cosas porque, si son convenientemente analizadas y desarrolladas, revelan a menudo implicaciones teóricas relevantes por lo general ignoradas o pasadas por alto. Por otra parte, dado que el vocabulario en el que se formulan los postulados se limita tan sólo a los términos primitivos, tanto su enunciación como su interpretación resultarán complicadas y prolijas y no siempre del todo claras y precisas.

El primer postulado enuncia una verdad autoevidente: dado un universo deóntico cualquiera, si de algo no está permitida la comisión, entonces está permitida su omisión. Por tanto a la inversa, como se verá desde los primeros teoremas de la teoría, si no está permitida su omisión, entonces está permitida su comisión (T1.1); de modo que sólo está permitida su comisión, sólo está permitida su omisión, o están permitidas ambas cosas (T1.2), siendo imposible que no estén permitidas ni la una ni la otra (T1.3). A partir de esta sencillísima tesis y de las definiciones D1.1, D1.2, D1.3 y D1.4 de ‘facultativo’ (como «permiso tanto de la comisión como de la omisión»), de ‘prohibido’ (como «permiso de la omisión y no permiso de la comisión»), de ‘obligatorio’ (como «permiso de la comisión y no permiso de la omisión») y de ‘vinculado’ (como «no permiso o de la comisión o de la omisión») será posible desarrollar en el capítulo I los teoremas sobre las relaciones de contradictoriedad, disyunción, incompatibilidad e implicación que se dan entre todos estos modos deónticos (T1.1-T1.56).

El segundo postulado afirma que todo comportamiento supone siempre alguna modalidad por la que está deónticamente calificado y de la que, como diremos en su momento, es ‘actuación’ (D2.7): supone, con otras palabras, una facultad, una obligación o una prohibición (T2.17, T2.43, T2.73) de la que es ejercicio, o acto de obediencia o de desobediencia (T2.77). Lo mismo podrá decirse de los específicos comportamientos productores de efectos con los que identificaré los actos jurídicos (D5.1, T5.20), cuyas modalidades no son sino las situaciones jurídicas activas (D6.3), es decir —según que se trate de facultades, obligaciones o prohibiciones—, los poderes, los derechos y los deberes, tanto positivos como negativos.

El tercer postulado sirve para caracterizar a las expectativas, ya sean positivas o negativas, sobre la base de su correlación con las modalidades activas del no permiso negativo o positivo, es decir, de la obligación o la prohibición de su mismo tema. Ello permitirá reformular en términos de expectativas la totalidad de la fenomenología deóntica, empezando por la alternativa expresada por el postulado P1 y transformable en la tesis según la cual de toda acción, si existe la expectativa de su omisión, entonces no existe la expectativa de su comisión (T2.55). Sobre todo será posible, con arreglo a él, definir por un lado las distintas figuras de situaciones jurídicas pasivas, como los derechos subjetivos, las responsabilidades y la anulabilidad y, por otro, las garantías que les brindan las relaciones jurídicas que sus titulares mantienen con otros sujetos, titulares de las correspondientes situaciones activas de obligación y prohibición.

El cuarto postulado enuncia el principio según el cual todo comportamiento, toda modalidad, toda expectativa y todo interés suponen siempre un sujeto —en el sentido ya apuntado de «centro de imputación»— al que son imputables. También ésta es una verdad evidente para cualquier universo deóntico, al no ser concebibles comportamientos, modalidades, expectativas o intereses que no sean propios de algún sujeto. En el capítulo III fundamentaré sobre esta tesis las distintas correlaciones entre los comportamientos y sus autores y entre las modalidades y expectativas y sus titulares; y en el capítulo VII los principios generales de una teoría de los sujetos jurídicos, y más concretamente de las personas, como centros de imputación de actos y de situaciones, así como de las figuras conexas de capacidad e imputabilidad.

El quinto postulado enuncia la tesis de que los sujetos no son objetos. Evoca la máxima de Kant, y antes aún de Beccaria, según la cual «ninguna persona debe ser tratada como una cosa», entendiendo por ‘cosa’, según la definición D3.11 que daré del término en el capítulo III, cualquier objeto utilizable por un sujeto (T3.53). Pero no se trata, en rigor, de un postulado axiológico. Enuncia simplemente la incompatibilidad entre ‘sujeto’ y ‘objeto’ como predicados de un mismo tema, de conformidad, por lo demás, con la regla que será enunciada en el § 5 de estos Preliminares. Se comprenderá que cuando un ordenamiento jurídico establezca —como hace el artículo 1 del Código Civil italiano— que

los seres humanos son sujetos jurídicamente capaces, debe admitirse también que en dicho ordenamiento no son ni objetos ni cosas. Pero, a la inversa, se dirá también que si quedan configurados como objetos o cosas —por ejemplo como esclavos y objetos por tanto de derechos de uso ajenos—, entonces no lo están como sujetos ni menos aún como personas; así como, al contrario, si los animales fuesen considerados sujetos —y por tanto, de conformidad con nuestro postulado, no objetos de derechos ajenos—, diríamos que no son objetos o cosas. La incompatibilidad con los objetos, en otras palabras, se refiere no tanto a los seres humanos como a los sujetos, cualesquiera que sean los individuos a los que se considera como tales en un ordenamiento determinado.

El sexto postulado enuncia el principio según el cual todas las modalidades, las expectativas, los estatus y las reglas no son sino significados prescriptivos. Y expresa por consiguiente la naturaleza lingüística del universo del discurso tanto de la teoría deóntica como de la teoría del derecho. El derecho, en particular, resultará caracterizado por él como un mundo de signos y significados, sometido enteramente a reglas sobre la formación de los primeros y sobre la producción, como sus efectos, de los segundos. De este complejo aparato simbólico la teoría del derecho analiza la sintaxis, la dogmática jurídica ofrece la interpretación semántica y la práctica operativa y, en particular, la jurisdicción aseguran la dimensión pragmática.

El séptimo postulado introduce la noción de ‘regla’, caracterizándola como una prescripción que —dependiendo, como se dirá, de su carácter ‘tético’ o ‘hipotético’ y, por otro lado, ‘deóntico’ o ‘constitutivo’— dispone o pre-dispone modalidades y/o expectativas, o estatus. Junto con el postulado P6, permitirá definir los conceptos de ‘precepto’, ‘prescripción’, ‘acto prescriptivo’ y ‘norma’ y desarrollar la teoría de las normas y de las figuras conexas de calificación normativa de los fenómenos jurídicos.

El octavo postulado sirve para identificar como reglas todas las prescripciones de alcance general y/o abstracto. En efecto, afirma que son reglas todas las prescripciones de las que estén cuantificados universalmente los sujetos que son sus destinatarios y/o los comportamientos cuyas modalidades o expectativas dictan. En su momento, se fundamentarán en él la universalidad de las situaciones jurídicas dispuestas de manera inmediata en forma de reglas o normas (D10.30), empezando por los ‘derechos fundamentales’ (D10.20), y el principio de igualdad jurídica que se basa en éstos (D11.35).

El noveno postulado afirma que todo estatus conlleva no ya, como las modalidades y expectativas deónticas, la mera posibilidad de existencia (o de acaecimiento) (PM.1), sino de modo inmediato la existencia de su tema, ya se trate de un sujeto, de un objeto o de cualquier otra cosa. A partir de él se llevará a cabo la distinción entre preceptos deónticos y preceptos constitutivos: los primeros, institutivos de modalidades o expectativas deónticas y por consiguiente observables o violables por

naturaleza; los segundos, inviolables en tanto que inmediatamente constitutivos de aquello de lo que son prescripciones.

El décimo postulado, al que llamaré *primer postulado del positivismo jurídico*, es tal vez el más importante de la teoría del derecho. Introduce el concepto jurídico de ‘causa’, afirmando cuatro principios: *a)* que todos los fenómenos que son causa de efectos jurídicos consisten (a diferencia de lo que sostiene la doctrina común, que incluye entre ellos los llamados «hechos naturales») en comportamientos humanos; *b)* que tales comportamientos están sometidos a reglas, salvo que sean constituyentes; *c)* que estas reglas disponen o pre-disponen tanto sus modalidades como sus efectos; *d)* que dichas reglas, por fin, tienen a su vez una causa. En los tres primeros de estos principios, a la vez que en la definición de ‘acto’ como causa de efectos jurídicos (D5.2), se basará el principio de legalidad de los actos y de los efectos —incluidas las normas— producidos por ellos (T8.56, T8.70). En el cuarto, a la vez que en la definición de norma como regla causada por actos (D8.1), se basará el principio de positividad de las normas y, por tanto, la llamada concepción «nomodinámica» del derecho positivo como sistema de normas producidas, y no deducidas, una a partir de otra.

El undécimo postulado, al que llamaré *segundo postulado del positivismo jurídico*, establece el principio de que todas las modalidades y expectativas de comportamientos que sean causa de efectos, cuando no sean constituyentes, suponen siempre a su vez una causa y, cuando no sean ellas mismas reglas, una causa de las reglas que las disponen. En él se basarán, en el § 6.6, por un lado la caracterización de las situaciones no constituyentes como situaciones positivas, esto es, como efectos de actos (T6.47); por otro, la de la situación constituyente, y concretamente del poder constituyente, como situación originaria de grado supraordenado a todas las constituidas o positivas (T6.92, D12.1).

El duodécimo postulado, al que llamaré *tercer postulado del positivismo jurídico*, enuncia dos tesis. La primera es que cualquiera que pueda ser sujeto de un comportamiento productor de efectos jurídicos no es nunca un sujeto artificial, sino que es siempre una persona de carne y hueso cuya existencia empírica es independiente del derecho. Las ficciones, como son las personas jurídicas, no pueden como es obvio actuar directamente. La que llamamos ‘capacidad de obrar’ (D7.7) corresponde por tanto sólo a las personas físicas o naturales y no también, como sostiene un difundido lugar común, a las personas jurídicas o artificiales, que para que les sean imputados actos jurídicos requieren siempre la mediación representativa de la actividad de las primeras. La segunda tesis es que la idoneidad para llevar a cabo actos jurídicos, es decir, la capacidad de obrar, es en todo caso un estatus, a su vez conferido y regulado por un acto que es su causa y caracterizable por tanto como estatus jurídico.

El decimotercer postulado, al que llamaré *cuarto postulado del positivismo jurídico*, se refiere a los fundamentos del derecho positivo.

Afirma el carácter no constituyente sino siempre constituido de los temas de ‘causa’, ‘regla’ y ‘modalidad (o expectativa) no constituyente’ y por tanto, a la inversa, la falta de causas y de reglas de lo que es constituyente: del poder constituyente, que no es efecto de actos jurídicos sino que es originario y de hecho; del acto constituyente, que es ejercicio del poder constituyente y que no está sometido a ninguna regla; y de los sujetos constituyentes, que no son nunca sujetos artificiales o constituidos por causas, sino únicamente sujetos naturales de carne y hueso.

El postulado decimocuarto sirve para precisar más la noción de ‘constituyente’. Excluye que puedan ser constituyentes figuras consistentes en expectativas o en no permisos positivos o negativos. De ello se deducirá, en el transcurso de la teoría, que ‘constituyente’ no puede ser ni un derecho, ni una obligación ni una prohibición, sino únicamente un poder y, más concretamente, esa específica facultad que llamaré en su momento ‘poder constituyente’ (D12.1); así como tampoco puede serlo ni un acto obligatorio ni un acto prohibido, sino sólo ese específico acto facultativo de autonomía que llamaré en su momento ‘acto constituyente’ (D12.3). A partir de ello resultará excluida, entre otras cosas, cualquier hipótesis iusnaturalista acerca de la existencia de derechos «naturales». En efecto, todos los derechos, incluidos los fundamentales, al consistir como veremos (D10.20) en expectativas positivas de prestación o negativas de no lesión, son con arreglo al postulado P14 no constituyentes y por tanto, como reza el postulado P11, constituidos, al igual que los deberes correlativos, por actos de derecho positivo.

El postulado P15 expresa una tesis compleja. Con arreglo a ella, la constatación de la causa, la modalidad, la expectativa o el estatus de un tema determinado es también constatación del tema mismo, y viceversa. Se trata de una tesis que resultará de importancia capital en la teoría de la jurisdicción y de la aplicación de la ley y, en particular, para entender la dimensión pragmática de la que llamaré en su momento *interpretación operativa*. Enuncia una suerte de interacción entre conocimiento jurídico y conocimiento fáctico: por un lado, los hechos que son objeto de prueba siempre son constatados en tanto que jurídicamente relevantes, en el sentido de que son contemplados, por así decirlo, *sub specie iuris*, esto es, a la luz de las normas y de las figuras de calificación deóntica de las que son actuación y de los efectos de los que son causa; por otro, a la inversa, los significados prescriptivos que son objeto de interpretación jurídica se constatan, en la práctica jurisdiccional, en tanto que operativamente referidos a los actos y a los efectos calificados por ellos.

El postulado P16 enuncia la prohibición del uso de la fuerza sin sujeción a reglas. De acuerdo con el mismo, el uso de la fuerza sólo está permitido si está disciplinado por reglas jurídicas, como en la ejecución de las sanciones dispuestas por normas en tanto que consecuencias de actos ilícitos. En él se fundamentan por un lado las técnicas coercitivas de garantía de la efectividad del derecho y, por otro, ese rasgo distintivo del derecho que es el monopolio jurídico de la fuerza y por tanto el nexo

entre derecho y paz, la antinomia entre derecho y guerra y, en términos más generales, la prohibición de todo uso de la fuerza no regulado, tanto en las formas como en los presupuestos y en los contenidos.

Finalmente, el postulado PM es una tesis metalingüística, dotada de un doble valor. En el plano metateórico, como se ha dicho, tiene el valor de una regla de transformación de los predicados monádicos en los correspondientes predicados diádicos y viceversa. En el plano teórico expresa un rasgo fundamental de la fenomenología jurídica: el carácter contingente —o meramente posible, o de «poder ser»— de los temas que entran en relación con aquellos de los que son predicados conceptos como ‘modalidad’, ‘expectativa’, ‘regla’ y, por otro lado, ‘sujeto’ y ‘objeto’. Por ejemplo, dada una modalidad o una expectativa —esto es, una facultad, una obligación, una prohibición, un poder, una función, o un derecho, etc.—, no necesariamente existe (o acaece) sino que sólo es posible que exista (o acaezca) aquello que es su tema (por ejemplo, un comportamiento o un acto jurídico). Del mismo modo, dado un sujeto, no siempre existe sino que sólo es posible que llegue a existir aquello de lo que es sujeto (por ejemplo, un comportamiento, o un acto, o una situación jurídica). Como veremos, esta duplicidad de contextos se revelará esencial para el análisis de figuras complejas como las situaciones jurídicas y las personas. Puesto que toda situación admite una pluralidad indeterminada de actuaciones y toda persona una pluralidad indeterminada de imputaciones, el contexto monádico servirá para expresar sintéticamente su identidad de ‘situación’ o de ‘persona’ satisfecha por una pluralidad molecular de relaciones posibles; mientras que los contextos diádicos servirán para expresar analíticamente las distintas relaciones atómicas mantenidas en concreto por cada situación y cada persona.

5. *Predicados y temas*

Se habrá notado que nuestros dieciséis términos primitivos son asociables a tipos o clases de temas diferentes. Las clases de temas de los que se ocupa la teoría son esencialmente cuatro: acciones, significados, sujetos y objetos. Se asocian a acciones los términos ‘permitido’, ‘comportamiento’, ‘causa’, ‘constatación’ y ‘(uso de la) fuerza’, así como los definibles a partir de ellos, como ‘acto’, ‘ilícito’, ‘decisión’, ‘válido’, ‘inválido’, ‘obediencia’, ‘desobediencia’, ‘sanción’, etc. Se asocian a significados los términos ‘modalidad’, ‘expectativa’, ‘interés’, ‘estatus’, ‘regla’ y ‘significado prescriptivo’, así como los definibles por medio de ellos, como ‘obligación’, ‘prohibición’, ‘facultad’, ‘situación’, ‘derecho subjetivo’, ‘norma’, ‘capacidad jurídica’, ‘capacidad de obrar’, ‘poder’, ‘funciones de gobierno’, ‘funciones de garantía’, etc. Se asocian a entidades subjetivas los términos ‘sujeto’ y los que son definibles a partir de él, como ‘persona’, ‘ciudadano’, ‘autor’, ‘titular’, ‘representante’, ‘funcionario’, etc. Finalmente, se asocian a entidades objetivas el término ‘objeto’ y los

que son definibles a partir de él, como ‘cosa’, ‘bienes’, ‘bienes fundamentales’, ‘bienes patrimoniales’, ‘bienes ilícitos’, etcétera.

Como se ha dicho en el § 11 de la Introducción, en la construcción de nuestro lenguaje, para no incurrir en ambigüedades sintácticas se tendrá el cuidado de evitar que un predicado se asocie a dos o más clases de temas diferentes: por ejemplo, que de una misma entidad se diga en un momento que es una situación y en otro que es una cosa, o que es una acción y a la vez una situación, o que es al mismo tiempo un sistema de normas y un sujeto, como sucede en cambio en el lenguaje común cuando, por ejemplo, se habla promiscua y elípticamente de los derechos reales como bienes y a la vez como derechos, o de las sanciones como actividades sancionatorias y también como efectos de actos ilícitos, o de las instituciones como ordenamientos y al mismo tiempo como personas jurídicas.

Sólo tres términos, al no correr peligro de ambigüedad sintáctica, se utilizarán transversalmente como predicados de diversos temas: ‘conjunto’, que puede referirse a clases de sujetos, de objetos y de normas; ‘constituyente’, que es predicable tanto de poder como de acto y de sujeto; y ‘democrático’, que es asociable tanto al acto constituyente y a la constitución como al ordenamiento en su conjunto. También por esta razón no he formalizado esta regla, en el § 12 de la Introducción, como una rígida regla de formación. Sólo la incompatibilidad entre ‘sujeto’ y ‘objeto’ se ha formalizado expresamente con el postulado P5. En el transcurso de la teoría se explicitará además, con la definición D8.15 de ‘institución’ y con las tesis T8.111-T8.115, la incompatibilidad entre ‘ordenamiento’ y ‘persona jurídica’, que tampoco son predicables a la vez de un mismo tema, por más que sean ambos referibles a él, en diferente sentido.

6. *El mapa de la teoría*

Dividiré la teoría en cuatro partes y cada una de las partes en cuatro capítulos.

La primera parte, titulada «La deóntica», estará dedicada al análisis de los sistemas deónticos: no sólo del derecho, por tanto, sino de cualquier sistema normativo, como la moral, las reglas de etiqueta, los usos sociales, las reglas de los juegos, etc. Estará dividida en cuatro capítulos: los modos deónticos y los comportamientos; las modalidades y las expectativas deónticas; los sujetos, los estatus y las cosas; y los preceptos, las prescripciones y las reglas. Al tratarse de la primera parte, pertenecen a ella la mayoría de los términos y tesis primitivos. Sus términos fundamentales son ‘*permitido*’ y ‘*modalidad*’, a partir de los cuales serán definidos e introducidos todos los demás términos deónticos —‘*facultativo*’ y ‘*facultad*’, ‘*prohibido*’ y ‘*prohibición*’, ‘*obligatorio*’ y ‘*obligación*’, ‘*vinculado*’ e ‘*imperativo*’, ‘*expectativa positiva*’ y ‘*expectativa negativa*’—,

asumidos aquí como términos teóricos más que como operadores lógico-deónticos. Por otra parte, dada su función instrumental y propedéutica para la teoría del derecho, el análisis desarrollado en ella se referirá principalmente a la dimensión sintáctica de los conceptos de la deóntica, configurados aquí como conceptos «atómicos» destinados a componer las más complejas y a veces bastante más complicadas categorías «moleculares» propias del lenguaje jurídico.

La segunda parte, titulada «El derecho positivo», trata de los sistemas deónticos específicamente jurídicos y, más concretamente, de los sistemas jurídicos modernos a los que cabe considerar como «positivos» por su carácter enteramente «puesto» o artificial. También ella estará dividida en cuatro capítulos, correspondientes, en cuanto a los temas tratados, a los cuatro capítulos de la primera parte: los actos jurídicos; las situaciones jurídicas; las personas y los bienes; las normas y las fuentes. Su término clave es '*causa*', asumido como el concepto fundamental del *positivismo jurídico*. Permite en efecto, gracias a los cuatro principios del positivismo jurídico expresados por los postulados P10-P13 y relativos respectivamente a los actos, las situaciones, las personas y las normas, configurar la totalidad del sistema deóntico en el que consiste el derecho como «producido» o «causado» por comportamientos calificables como actos, en virtud de modalidades y/o expectativas deónticas calificables como situaciones, que pueden adscribirse a sujetos calificables como personas, sobre la base de reglas calificables como normas.

La tercera parte, titulada «El estado de derecho», está dedicada a aquellos sistemas jurídicos que, por su articulación en varios niveles de normas relacionados entre sí jerárquicamente y por la consiguiente sujeción a la ley de todos los poderes normativos, incluido el legislativo, son calificables como «constitucionales» y «garantistas». Al igual que las dos primeras, también ésta está dividida en cuatro capítulos, dedicados respectivamente a la tipología de los actos, divididos en las dos grandes categorías de los actos formales (a su vez diferenciados en instrumentales y preceptivos y en constitutivos y decisionales) y de los actos informales (distinguidos en ilícitos y actos de cumplimiento); a la tipología de las situaciones y, en particular, a la definición de los poderes, los deberes, las funciones, las competencias, los derechos subjetivos y las diferentes figuras de responsabilidad; al análisis estructural y a las diversas clasificaciones de los derechos y los bienes fundamentales, así como a sus diferencias con los derechos y bienes que llamaré patrimoniales; y, finalmente, al sistema de vínculos formales y sustantivos que, gracias a la incorporación de los derechos fundamentales en las normas constitucionales, somete todas las decisiones —y por tanto los poderes de las que éstas son ejercicio— no sólo a requisitos formales de existencia sino también a requisitos sustanciales de validez. Los términos básicos de esta tercera parte son '*forma*' y '*significado*', concebidos en el paradigma del constitucionalismo como los elementos previstos y regulados, para todos los actos formales, incluidos los legislativos, por las correspondientes nor-

mas sobre la producción como condiciones, respectivamente, de su existencia (o vigencia) y de su validez tanto formal como sustancial.

La cuarta parte, titulada «La democracia constitucional», analizará las distintas dimensiones de la democracia originadas por la estipulación de otras tantas clases de derechos fundamentales. Como se dijo en la Introducción, a diferencia de la teoría formal del derecho desarrollada en las tres primeras partes, ésta es una teoría normativa, en el sentido de que se ocupa de la normatividad de los principios democráticos elaborados por la tradición del constitucionalismo democrático. También estará dividida en cuatro capítulos: el primero, dedicado al análisis del paradigma normativo de la democracia constitucional y de su crisis actual; el segundo, a la dimensión que llamaré ‘formal’ de la democracia, proveniente de la forma de las decisiones resultante a su vez del ejercicio de los derechos civiles y de los derechos políticos; el tercero, a la dimensión que llamaré ‘sustancial’ de la democracia, que resulta de la sustancia de las decisiones, vinculada a su vez al respeto de los derechos de libertad y de autonomía, a la satisfacción de los derechos sociales y a la garantía conexas de la paz; y el cuarto, finalmente, a los niveles de la democracia, desde el nivel de las autonomías locales al estatal y al internacional, así como a los sistemas de fuentes originados por sus relaciones. Los términos básicos de esta parte son justamente ‘*constitución*’ y ‘*democrático*’, el segundo de los cuales se introducirá en la definición de la primera como condición contrafáctica satisfecha en distintos grados y en diferentes sentidos por la estipulación constitucional de la representación política, la separación de poderes y la garantía de la paz y de los diversos tipos de derechos fundamentales.

En cada una de estas cuatro partes se puede reconocer la teorización de otros tantos modelos o paradigmas de derecho —de intensión creciente y extensión decreciente—, correspondientes de manera aproximada, como ya apunté al final del § 4 de la Introducción, a otras tantas fases históricas de la experiencia jurídica. La primera parte, al referirse a todos los sistemas deónticos independientemente de su carácter jurídico-positivo, refleja también el paradigma del *derecho premoderno*, justamente de formación no «positiva», sino predominantemente doctrinal y jurisprudencial. La segunda parte, al referirse a los sistemas normativos en los que todos los significados prescriptivos están asociados a (y producidos por) preceptos de derecho positivo, refleja el paradigma del *estado legislativo de derecho*. La tercera parte, al analizar los vínculos no sólo de forma sino también de significado que en los ordenamientos dotados de constitución rígida disciplinan la producción de todos los significados prescriptivos, incluidos los legislativos, refleja el paradigma del *estado constitucional de derecho*. Por fin, la cuarta parte está dedicada a las diferentes dimensiones, formas, contenidos y niveles de la democracia constitucional, llegando hasta las perspectivas de un *constitucionalismo global* abiertas —como alternativa al derrumbamiento de la razón jurídica y política— por el nuevo mapa de los poderes, las

fuentes y las relaciones sociales generado, en la era de la globalización, por los actuales procesos de integración y por la desintegración de los viejos Estados nacionales.

Parte I

LA DEÓNTICA

I

LOS MODOS DEÓNTICOS Y LOS COMPORTAMIENTOS

1.1. *El cuadrado lógico de las oposiciones y sus posibles interpretaciones*

La primera parte de este libro está dedicada al análisis teórico de los sistemas deónticos en general, entendiendo por «sistema deóntico» cualquier sistema de prescripciones referidas a comportamientos humanos, desde los preceptos morales a las reglas del vestir o de etiqueta, de las reglas de los juegos a las normas técnicas y a los imperativos de la vida cotidiana, hasta llegar a las prescripciones y reglas propiamente jurídicas.

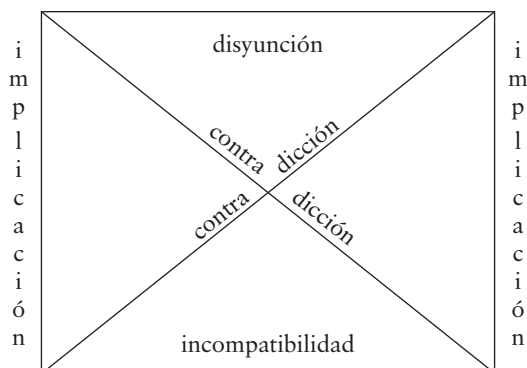
Los términos primitivos de la deóntica tienen todos un significado extensional que va más allá del universo de la teoría del derecho. ‘Comportamiento’, ‘modalidad’ y ‘expectativa’, ‘estatus’, ‘sujeto’, ‘objeto’ y ‘regla’ son en efecto figuras genéricas respecto a los correspondientes conceptos jurídicos —‘acto’, ‘situación (activa o pasiva)’, ‘estatus jurídico’, ‘persona’, ‘bien’ y ‘norma’—, que serán definidos en la segunda parte con la ayuda del término primitivo ‘causa’, propio específicamente de la teoría del derecho. Del mismo modo los nueve primeros postulados, al referirse a cualquier sistema deóntico, tienen un alcance empírico que se extiende más allá del universo específicamente jurídico. Eso significa que el «derecho» puede ser concebido como un subuniverso del universo del discurso de la «deóntica» y la teoría deóntica, a su vez, como una primera parte de la teoría del derecho, dedicada a identificar los conceptos y las tesis elementales comunes a todos los discursos sobre los fenómenos deónticos y por tanto también a los relativos a los fenómenos jurídicos.

El sistema de los modos deónticos¹ que desarrollaré en este capítulo arranca del clásico cuadrado de las oposiciones². Este cuadrado representa las relaciones lógicas que se dan entre proposiciones de la forma sujeto-predicado que tengan el mismo término como sujeto y el mismo término como predicado y que difieran entre sí sólo por la afirmación o la negación del uno o del otro. Como es sabido, puede recibir al me-

nos tres tipos de interpretaciones: la clásica, en términos de «alguno», «todos», «no todos» y «ninguno», esto es, de relaciones entre modos *ónticos*³; aquella otra en términos de «posible», «necesario», «contingente» e «imposible», es decir, de relaciones entre modos *aléticos*⁴; y por último la elegida aquí, en términos de «permitido que», «permitido que no», «no permitido que» (o «prohibido») y «no permitido que no» (u «obligatorio»), esto es, de relaciones entre modos *deónticos*⁵. En cada una de estas tres interpretaciones⁶, las cuatro funciones proposicionales diferentes generadas por el distinto uso de la afirmación y la negación se encuentran entre sí en cuatro tipos de oposiciones distintas —dos de contradictoriedad, una de disyunción, una de incompatibilidad y dos de implicación—, que pueden ser representadas mediante la siguiente figura:

Alguno: $(\exists x)Px$ o $\neg(x)\neg Px$
 Posible: Mp o $\neg L\neg p$
 Permitido que: $PERx$

No todos: $(\exists x)\neg Px$ o $\neg(x)Px$
 Contingente: $M\neg p$ o $\neg Lp$
 Permitido que no: $PER\downarrow x$



Todos: $\neg(\exists x)\neg Px$ o $(x)Px$
 Necesario: $\neg M\neg p$ o Lp
 No permitido que no: $\neg PER\downarrow x$

Ninguno: $\neg(\exists x)Px$ o $(x)\neg Px$
 Imposible: $\neg Mp$ o $L\neg p$
 No permitido que: $\neg PERx$

Las dos relaciones de *contradictoriedad* (o de *alternatividad*) —en las que las expresiones de cada pareja son una verdadera y la otra falsa, no pudiendo ser ni ambas verdaderas ni ambas falsas— se dan entre «permitido que (o de la comisión)» ($PERx$) y «no permitido que» ($\neg PERx$) y entre «permitido que no (o de la omisión)» ($PER\downarrow x$) y «no permitido que no» ($\neg PER\downarrow x$), así como entre «alguno» ($(\exists x)Px$) y «ninguno» ($\neg(\exists x)Px$) y entre «no todos» ($\neg(x)Px$) y «todos» ($(x)Px$), o entre «posible» (Mp) e «imposible» ($\neg Mp$) y entre «contingente» ($M\neg p$) y «necesario» (Lp).

La relación de *disyunción* (o de *subcontrariedad*) —en la que al menos una de las dos expresiones es verdadera, no pudiendo ser ambas falsas, pero pudiendo ser ambas verdaderas— se da entre «permitido

que» y «permitido que no», así como entre «alguno» y «no todos» y entre «posible» y «contingente».

La relación de *incompatibilidad* (o de *contrariedad*) —en la que al menos una de las dos expresiones es falsa, no pudiendo ser ambas verdaderas, pero pudiendo ser ambas falsas— se da entre «no permitido que» y «no permitido que no», así como entre «ninguno» y «todos» y entre «imposible» y «necesario».

Las dos relaciones de *implicación* (o de *subalternancia*) —en las que la segunda expresión nunca es falsa si la primera es verdadera, pudiendo sin embargo ser ambas verdaderas, o ambas falsas, o la primera falsa y la segunda verdadera— se dan entre «no permitido que» y «permitido que no» y entre «no permitido que no» y «permitido que», así como entre «ninguno» y «no todos» y entre «todos» y «alguno», o entre «imposible» y «contingente» y entre «necesario» y «posible».

1.2. *La interpretación deóntica del cuadrado de las oposiciones.*

El primer postulado

Se habrá observado que mientras que los modos ónticos y los aléticos con los que es interpretable el cuadrado de las oposiciones se han expresado respectivamente por los cuantificadores existenciales y universales de la lógica de predicados y por los de posibilidad y necesidad de la lógica modal, los cuatro modos del mismo cuadrado interpretado en sentido deóntico han sido asumidos aquí no como operadores lógicos, sino directamente como términos teóricos. La consecuencia metateórica de esta opción —que será explicada y justificada en el próximo párrafo— es que la totalidad de la lógica deóntica se tratará como una teoría y se utilizará como parte o premisa de la teoría del derecho.

Sobre esta base, podemos llamar «comisión» y «omisión» a la afirmación y a la negación de los temas de ‘permitido’ y ‘no permitido’⁷. Y podemos expresar en términos de ‘permitido’ los cuatro modos deónticos de nuestro cuadrado y las seis relaciones deónticas que oponen a cada uno de ellos con cada uno de los demás. Concretamente, las dos relaciones de contradictoriedad serán expresadas por las tesis, lógicamente válidas con arreglo al principio de no contradicción, según las cuales (a) decir que la comisión de una acción está permitida quiere decir que no está no permitida y (b) decir que la omisión de una acción está permitida quiere decir que no está no permitida:

$$(a) \text{ PER}x \rightarrow \neg\neg\text{PER}x \quad \text{A5.2}$$

$$(b) \text{ PER}\perp x \rightarrow \neg\neg\text{PER}\perp x \quad \text{A5.2}$$

Las otras cuatro oposiciones se expresarán en cambio por las tesis, equivalentes entre sí, según las cuales (c) si de una acción no está permitida la comisión, entonces está permitida su omisión (primera relación de implicación); (d) si de una acción no está permitida la omisión, entonces

está permitida su comisión (segunda relación de implicación); (e) de una acción o está permitida la comisión o está permitida la omisión (relación de disyunción); y (f) de ninguna acción están no permitidas tanto la comisión como la omisión (relación de incompatibilidad):

(c) $\neg \text{PER}_x \rightarrow \text{PER} \perp_x$	(d)/L4.28; (e)/L4.23; (f)/L4.24
(d) $\neg \text{PER} \perp_x \rightarrow \text{PER}_x$	(c)/L4.28; (e)/L4.23; (f)/L4.24
(e) $\text{PER}_x \vee \text{PER} \perp_x$	(c)/L4.23; (d)/L4.23; (f)/L3.5
(f) $\neg(\neg \text{PER}_x \cdot \neg \text{PER} \perp_x)$	(c)/L4.24; (d)/L4.24; (e)/L3.5

Asumo ahora como primer postulado de la teoría una cualquiera de estas cuatro tesis, todas intuitivas y derivables las unas de las otras: concretamente la primera, que enuncia la relación de implicación entre los que llamaré '*no permiso positivo*' (o 'de la comisión', o 'no permitido que') y '*permiso negativo*' (o 'de la omisión', o 'permitido que no'). Con arreglo a ella, si de algo no está permitida la comisión, entonces está permitida su omisión:

P1 *De lo que no está permitida la comisión está permitida la omisión.*

(x)($\neg \text{PER}_x \rightarrow \text{PER} \perp_x$)

Las otras tres tesis —(d), (e) y (f)— se seguirán como primeros y elementales teoremas o corolarios de la teoría: de todo lo que no está permitida la omisión está permitida la comisión (T1.1); para todo tema vale que o está permitida su comisión o está permitida su omisión (T1.2); para ningún tema vale que no esté permitida ni la comisión ni la omisión (T1.3).

T1.1 (x)($\neg \text{PER} \perp_x \rightarrow \text{PER}_x$)	P1
T1.2 (x)($\text{PER}_x \vee \text{PER} \perp_x$)	P1
T1.3 (x) $\neg(\neg \text{PER}_x \cdot \neg \text{PER} \perp_x)$	P1

Naturalmente, habría podido asumir como postulado, en vez de P1, uno cualquiera de estos tres corolarios: es decir, la tesis T1.1 de la implicación del '*permiso positivo*' por el '*no permiso negativo*'; o la tesis T1.2 de la disyunción entre '*permiso positivo*' y '*permiso negativo*'; o la tesis T1.3 de la incompatibilidad entre '*no permiso positivo*' y '*no permiso negativo*'. En estos casos nuestro P1 habría sido derivado a su vez como corolario.

El cuadrado lógico de las oposiciones interpretado en términos deónticos permitirá el desarrollo —a partir del término primitivo '*permitido*'— de una teoría y una tipología de las figuras deónticas. Servirá para fundamentar en primer lugar la definición de los tres posteriores modos deónticos de lo '*facultativo*' (mediante la conjunción de '*permitido que*' y '*permitido que no*'), lo '*obligatorio*' (mediante la conjunción de '*permitido que*' y '*no permitido que no*') y lo '*prohibido*' (mediante la

conjunción de ‘no permitido que’ y ‘permitido que no’); y después, de las correspondientes modalidades deónticas del ‘permiso positivo’, el ‘permiso negativo’, la ‘facultad’, la ‘obligación’ y la ‘prohibición’⁸. A este primer cuadrado añadiré en el próximo capítulo un segundo, simétrico y correlativo pero formulado —en vez de en términos de ‘permitido’ (y ‘permisos’), es decir, de figuras deónticas activas— en términos de ‘expectativas’, esto es, de figuras deónticas pasivas.

Sobre la base de estos dos tipos de figuras desarrollaré después, en la segunda y en la tercera parte de este libro, una teoría y una tipología de los actos jurídicos, es decir, de los comportamientos que son causa de efectos jurídicos, y de las situaciones jurídicas, esto es, de las modalidades y expectativas de actos. Concretamente, la noción de *facultad* permitirá identificar los derechos de libertad y de autonomía, según que versen sobre simples comportamientos o sobre actos jurídicos a su vez prescriptivos. La figura de la *obligación* permitirá definir la ‘observancia’ y todas las figuras conexas que expresan la fisiología de un ordenamiento jurídico: de la validez de los preceptos a su obediencia, de la efectividad de las distintas situaciones a la aplicación de las normas. La categoría de la *prohibición* permitirá la definición de la ‘inobservancia’ y de todas las figuras conexas que expresan la patología de un ordenamiento: de la invalidez de los actos prescriptivos a su desobediencia, de los actos ilícitos a las distintas formas de ineffectividad de las situaciones y de las normas jurídicas. Por fin, el concepto de *expectativa*, *positiva* o *negativa*, permitirá el desarrollo de una teoría orgánica de los derechos subjetivos y, en particular, de los derechos fundamentales, así como de las situaciones de responsabilidad y anulabilidad.

1.3. *La deóntica, el derecho positivo, el estado de derecho y la ciencia jurídica*

Antes de iniciar nuestra construcción resultan oportunas algunas aclaraciones metateóricas, anticipadas en parte en la Introducción, acerca de la naturaleza de las tesis de la deóntica y, como reflejo, de la teoría del derecho.

Generalmente la «deóntica» se concibe como una «lógica»: en concreto, como una específica lógica modal aplicada al lenguaje prescriptivo y dirigida a establecer las condiciones de validez de las inferencias (o «silogismos prácticos») de conclusiones prescriptivas a partir de premisas igualmente prescriptivas o en parte asertivas y en parte prescriptivas. En esta teoría, como se ha dicho, el sistema de tesis comúnmente llamado «lógica deóntica» se desarrolla en cambio, más que como una «lógica», es decir, un sistema de tesis analíticas, como una «teoría empírica», y más exactamente como una teoría normativa dotada de sentido o referencia empírica⁹.

Justifico esta opción —decisiva, a mi modo de ver, para dar cuenta del estatuto metateórico de cualquier teoría del derecho positivo— con

el carácter nomodinámico de ese particular sistema deóntico que es el derecho positivo, en el que las modalidades y las expectativas están configuradas —por los postulados P6 y P11— como significados prescriptivos y a la vez como efectos de actos prescriptivos. Tanto P1 como sus corolarios, que reproducen las oposiciones deónticas expresadas por las tesis (c), (d), (e) y (f), son en efecto verdades analíticas, exactamente como lo es el principio de no contradicción expresado por las tesis (a) y (b), sólo si se refieren a *universos nomoestáticos*, esto es, a sistemas deónticos en los que una norma existe y es válida si es deducible de otras normas del mismo sistema¹⁰. El sistema nomoestático por antonomasia es evidentemente la moral: por muy diferentes que sean los principios adoptados por los distintos sistemas morales, cada uno de ellos exige la coherencia interna y la coherencia con los mismos de las opciones morales llevadas a cabo en cada ocasión. Nomoestático, por otra parte, es cualquier sistema de derecho natural basado en principios de «razón», como fueron los elaborados por el iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII: la *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae* de Gottfried Wilhelm Leibniz, el *Jus naturae methodo scientifica pertractatum* de Christian Wolff y el *De universi iuris uno principio et fine uno* de Giambattista Vico, por ejemplo, equivalen a otros tantos intentos de construcción, con método deductivo y sobre el modelo de las ciencias exactas, de una ciencia sistemática del derecho vigente tal y como había sido transmitido por la tradición romanista. En términos más generales, son tendencialmente nomoestáticos los sistemas de derecho jurisprudencial no codificado —desde el derecho romano al derecho común premoderno— cuyos fundamentos de validez residen no en la *auctoritas* de un legislador, sino en la *veritas*, es decir, en la intrínseca justicia o racionalidad alcanzada de manera inmediata, a través de la razón y el conocimiento, por los jueces y los juristas¹¹. Por lo demás, las obras citadas, al igual que otros muchos tratados iusnaturalistas anteriores a las codificaciones, no son simplemente sistemas racionales en abstracto, sino intentos de sistematización del derecho de la época a través de la identificación de los principios presupuestos por él y el desarrollo, a partir de los mismos, de la totalidad de la ciencia jurídica.

Es evidente que en tales sistemas no son concebibles, por principio, ni antinomias —esto es, normas incompatibles entre sí o contradictorias— ni tampoco lagunas. Las normas, en un sistema ideal totalmente nomoestático, son intemporales, del mismo rango o nivel y deducibles entre sí, llegado el caso, a partir de un sistema coherente de principios; de manera que, cuando (se considere que) una norma está en contradicción con otra, una de las dos debe ser excluida como inválida, o mejor como inexistente, so pena de inconsistencia del sistema. P1 y sus corolarios —del mismo modo que las tesis acerca de las correlaciones entre expectativas positivas y negativas y obligaciones y prohibiciones correspondientes (T2.60-T2.63)— son por tanto tesis válidamente descriptivas de estos sistemas. O por decirlo mejor, son tesis lógicas, pertenecientes,

como *principia iuris et in iure*, al metalenguaje sintáctico del lenguaje normativo en el que está formulado el sistema deóntico. En efecto, podemos identificar la especificidad del derecho natural y la razón de su persistencia como ideología jurídica dominante hasta el nacimiento del Estado moderno precisamente en la falta de criterios formales y en el carácter inevitablemente sustancial de los criterios de valoración de la validez de las normas fundadas en él. De las dos máximas —*auctoritas, non veritas facit legem* y *veritas, non auctoritas facit legem*— sostenida una por Thomas Hobbes y la otra atribuida por él al gran jurista *sir* Edward Coke¹², la que reflejaba el «ser» y a la vez el fundamento de validez del derecho en la experiencia jurídica premoderna era en efecto la segunda; mientras que la primera expresaba, con aparente paradoja, su «deber ser», esto es, una instancia axiológica o filosófico-política que se realizará con el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica.

Completamente distinto es el caso de los *universos nomodinámicos*, es decir, de todos los sistemas deónticos de tipo *positivo* o artificial en los que la existencia de una modalidad normativa, esto es, de una norma, depende —como se dirá con el postulado P11 y con las tesis T6.45 y T8.11— del hecho de que haya sido puesta por una *auctoritas*. En lo que se refiere a estos universos, P1 y sus tres corolarios —al igual, por otra parte, que las tesis (a) y (b), que reproducen el principio de no contradicción— son tesis analíticas sólo en sentido metajurídico y normativo. En sentido asertivo y jurídico, en cambio, pueden resultar desmentidas empíricamente y violadas jurídicamente por la existencia de *antinomias*, es decir, por la presencia de varias normas de las que una permite y otra no permite la misma acción, o de las que una no permite su comisión y otra no permite su omisión¹³; del mismo modo que son tesis analíticas sólo en sentido metajurídico y normativo las tesis teóricas acerca de las implicaciones entre expectativas (positivas o negativas) y obligaciones o prohibiciones correspondientes, que representaré en el § 2.3 con otro cuadrado deóntico y que también, si se interpretan en sentido asertivo y jurídico, pueden perfectamente resultar desmentidas empíricamente o violadas jurídicamente por la existencia de *lagunas*, o sea, por la ausencia de los actos que prescriben dichas obligaciones o prohibiciones. Todas esas tesis, como se dijo en el § 6 de la Introducción, son *principia iuris tantum* y no *in iure*, externos y no internos al derecho positivo y por consiguiente normativos respecto a éste.

Ésta es una diferencia fundamental para comprender la naturaleza tanto del derecho positivo moderno como de la teoría correspondiente, así como el alcance del cambio de paradigma que se produjo con la afirmación del *principio de legalidad* y del monopolio estatal de la producción jurídica. *Derecho positivo* es en efecto, en sentido amplio, cualquier sistema normativo en el que la existencia de una norma no siempre puede ser negada simplemente sobre la base de su incompatibilidad con (o afirmada sólo sobre la base de su implicación por) otra norma¹⁴; en

el que, dicho de otro modo, su existencia es esencialmente el efecto de un *hecho empírico*, es decir, de un acto normativo, reconocible como tal no por los significados normativos que expresa, sino por las formas de su producción. Podremos caracterizarlo como un sistema deóntico que entre sus reglas incluye las reglas necesarias y suficientes para la producción de sus reglas. Y éste es el sentido de su «dinamicidad». Las reglas de la moral, como las del ajedrez, son sistemas «estáticos» porque en ellos el añadido o la modificación de una regla produciría el cambio del sistema o del juego: otro sistema moral o un juego nuevo y diferente. El derecho positivo es por el contrario un sistema «dinámico» porque sus reglas son todas y únicamente las producidas con arreglo a esa norma de reconocimiento que es el principio de legalidad o, en términos más generales, de positividad de las normas, expresado aquí con los postulados P10 y P11.

Se comprende entonces que si es ésta la naturaleza específica del universo normativo llamado «derecho positivo», los principios deónticos representados por nuestro cuadrado están dotados respecto a él de validez puramente deóntica: son, en definitiva, nada más que modelos normativos impuestos al derecho vigente por la lógica y por la teoría del derecho (y concretamente por aquella parte de la teoría del derecho que es la deóntica) y susceptibles, como todos los modelos normativos, de ser violados (y desmentidos) por la realidad efectiva del derecho mismo. De ello derivan cuatro importantes tipos de consecuencias que dan lugar a otras tantas paradojas: el primero, relativo a ese específico universo normativo que es el *derecho positivo*; el segundo, relativo a ese específico universo jurídico positivo que es el moderno *estado constitucional de derecho*; el tercero, relativo a ese específico universo constitucional que es la *democracia constitucional* resultante del sistema de los derechos fundamentales garantizados en ella; y el cuarto, relativo a la *teoría del derecho* que tiene como objeto los universos mencionados.

El primer tipo de consecuencias está conectado al hecho ya apuntado de que no es necesariamente verdadero que en el derecho positivo no existan antinomias. Por el contrario, dado que las normas positivas son (también) hechos, no puede excluirse en modo alguno, y es incluso inevitable, que en un mismo ordenamiento positivo existan normas contradictorias. Bien es verdad que la ciencia del derecho, la teoría de la interpretación jurídica y, antes aún, la legislación se toman el cuidado de elaborar criterios de solución de las antinomias, tales como la prevalencia de la *lex posterior*, o de la *lex specialis* o de la *lex superior*. Pero esto, de nuevo, es un hecho, que puede también no tener lugar. En efecto, estos criterios son a su vez criterios jurídicos, suministrados no por la lógica sino por normas positivas, o acaso por la ciencia jurídica, e incapaces de todos modos de resolver de manera pacífica todas las antinomias. Sobre todo, además —como ya se dijo en el § 3 de la Introducción y como mostraré mejor en el § 12.13—, el tercer criterio, el de la *lex superior*, no es directamente aplicable por el intérprete en to-

dos aquellos ordenamientos en los que el conflicto o la carencia de normas observables sobre la base de los desniveles normativos sólo pueden ser resueltos por la anulación jurisdiccional de la norma contradictoria o por la introducción legislativa de la norma que falta. De ello deriva una primera paradoja: la *certeza*, que como sabemos supone necesariamente un sistema de derecho positivo basado en el principio convencionalista y iuspositivista de legalidad, se realiza al precio de la posible *incoherencia*, es decir, de la presencia simultánea de normas de las que no siempre puede decirse, con juicios verdaderos o falsos, cuál de ellas es aplicable, y por lo tanto al precio de una incertidumbre de segundo grado acerca de la solución de sus posibles antinomias. La paradoja se explica con una intuición feliz de Giambattista Vico, quien escribió que «lo cierto proviene de la autoridad así como lo verdadero proviene de la razón», estando claro, sin embargo, que en un sistema nomodinámico no es una tesis descriptiva sino normativa —un *principium iuris tantum*, como se ha dicho— la afirmación, con la que continúa este pasaje de Vico, de que «la autoridad no puede estar totalmente en conflicto con la razón»¹⁵.

El segundo tipo de consecuencias, que aquí sólo puedo apuntar y que desarrollaré analíticamente en los §§ 9.9-9.11, se refiere a la distinción entre la existencia o *vigencia* de las normas y su *validez*¹⁶. Si la vigencia (o existencia) de una norma no depende de su coherencia con otras normas y es incluso totalmente independiente de lo que dice, no cabe afirmar lo mismo de la validez, que por el contrario está condicionada en los ordenamientos articulados en varios niveles normativos, como los estados constitucionales de derecho, no sólo por su conformidad formal sino también por su coherencia sustancial con las normas de nivel superior. En efecto, en dichos ordenamientos, mientras que la vigencia es predicable en relación con el acto de producción de la norma y, concretamente, con su *forma*, la validez es predicable también en relación con la norma producida por el acto y, concretamente, con su contenido o *significado*; con la consecuencia de que la relación entre normas de distinto nivel es de tipo nomodinámico en lo que respecta a la vigencia y a la que en su momento llamaré ‘validez formal’, mientras que es de tipo nomoestático en lo que respecta a la que llamaré ‘validez sustancial’. Todo esto exigirá, en el desarrollo de la teoría, un discurso complejo, que resultará posible, en términos bastante más precisos y rigurosos, gracias a la formalización de los conceptos de ‘vigencia’, ‘validez formal’, ‘validez sustancial’ y, antes aún, de ‘forma’ y ‘significado’. Aquí me limito a poner de relieve que el carácter lógico-normativo de las tesis deónticas en lo que concierne a las cuestiones de la existencia (o vigencia) señala la especificidad, respecto a los demás sistemas normativos, del *derecho positivo* y en general de todo universo normativo positivizado; mientras que su carácter lógico-analítico en lo que concierne a las cuestiones de la validez sustancial señala la especificidad del *estado constitucional de derecho* respecto a los demás sistemas de derecho positivo. De ello deriva una segunda paradoja: la ‘vigencia’ (en cuanto existencia)

y la ‘validez sustancial’ (en cuanto coherencia) no sólo no coinciden sino que potencialmente divergen en los estados constitucionales de derecho, en los que la vigencia (o existencia) de normas legales inválidas por antinómicas (o incoherentes) con normas superiores es la consecuencia y a la vez el precio de los vínculos sustanciales, además de formales, impuestos a las primeras por las segundas. Mientras que coinciden, por razones opuestas, sólo en los sistemas *enteramente nomoestáticos*, como la moral y el derecho natural, en los que las tesis deónticas son analíticas y las normas, al ser inconcebibles las antinomias, son vigentes en tanto que válidas; y, a la inversa, en los sistemas *enteramente nomodinámicos*, en los que las normas, al no existir vínculos sustanciales a su contenido, son válidas en tanto que vigentes¹⁷.

El tercer tipo de consecuencias, que desarrollaré en la parte cuarta, se refiere a la teoría garantista de la democracia. Si bien es verdad que la democracia, en las cuatro dimensiones —civil, política, liberal y social— en las que aquí será articulada, reside, como mostraré, en la garantía de otros tantos tipos de derechos fundamentales establecidos en la constitución, su efectividad depende de que se impidan o se solucionen las antinomias y las lagunas generadas, a causa del carácter nomodinámico del derecho positivo, por la presencia de normas que violan los derechos de libertad y por la ausencia de normas que satisfacen los derechos sociales. Estas antinomias y estas lagunas son evidentemente un factor de ilegitimidad del derecho vigente respecto a sí mismo, es decir, respecto a los principios y derechos constitucionalizados en él como parámetros de validez sustancial. Pero al mismo tiempo lo que las hace posibles es precisamente el carácter a su vez positivo, como normas vigentes, de dichos parámetros; así como lo que hace posible su solución es la previsión de técnicas de garantía igualmente positivas. Tenemos así una tercera paradoja: las garantías de los principios y de los derechos fundamentales suponen la positividad del derecho, que genera sin embargo las lagunas y antinomias que aquellas tienen la función de eliminar; y la tendencial y siempre posible ilegitimidad del derecho es la consecuencia y a la vez el precio pagado al garantismo por el positivismo jurídico. El iuspositivismo, en su actual paradigma constitucional, es en efecto el único tipo de experiencia jurídica que permite la *garantía* de aquellos principios y valores (la igualdad, la libertad y los derechos sociales) que provienen ciertamente de la tradición iusnaturalista, pero que sólo en cuanto positivizados como otros tantos vínculos jurídicos en las constituciones actuales pueden aspirar a algún grado de efectividad. Ésta es, en última instancia, la diferencia entre positivismo jurídico y iusnaturalismo: sólo el primero está en condiciones de garantizar la efectividad de los principios de justicia afirmados por el segundo, disponiendo técnicas de invalidación y reparación de sus violaciones por parte del derecho positivo mismo¹⁸.

El cuarto orden de consecuencias se refiere al estatuto epistemológico y la dimensión pragmática —ya comentados en la Introducción— de

las tesis de la deóntica y, como reflejo, de las que hacen uso de ellas en la teoría del derecho. Dado que pueden ser violados de hecho por el derecho positivo, el principio de no incompatibilidad (expresado por P1 y concretamente por su corolario T1.3) y el de no contradictoriedad deóntica (expresado por las tesis [a] y [b]), así como por los teoremas T1.4-T.1-15, que demostraré en breve) no son sólo tesis analíticas de tipo asertivo, sino también tesis o modelos normativos, metalingüísticos respecto (no a la teoría sino) a las normas del derecho positivo vigente. De ello se sigue que son normativas —o, más exactamente, que sugieren un papel normativo a las disciplinas jurídicas positivas— también todas aquellas tesis de la teoría del derecho que, directa o indirectamente, hacen uso de conceptos deónticos o son derivables de tesis deónticas. «Normativas», nótese bien, en un sentido ulterior y distinto de aquel en el que lo son los axiomas y definiciones de cualquier teoría empírica: en el sentido de que se trata de tesis que, además de ser el fruto de asunciones o convenciones, imponen —o, si se prefiere, explicitan la imposición jurídica de— modelos de deber ser al derecho positivo que constituye su objeto o universo del discurso. De lo que resulta una cuarta y última paradoja. El carácter no analítico-asertivo sino *normativo* de las tesis de la deóntica, así como de las de la teoría del derecho que hacen uso de ellas, es de nuevo la consecuencia y al mismo tiempo el precio del carácter *positivo* del derecho —esto es, del hecho de que las normas existen independientemente de su incoherencia e invalidez (o no existen, con independencia de su implicación y obligatoriedad) respecto a otras normas— y por tanto del carácter tendencialmente *cognoscitivo* de las disciplinas jurídicas dogmáticas: las tesis de la *dogmática jurídica* que enuncian o niegan la vigencia o la validez de una norma positiva o interpretan su significado son tesis asertivas —de las que cabe argumentar que son «verdaderas» o «falsas», si bien con los evidentes márgenes de aproximación ligados a la opinabilidad de la interpretación— y puede por consiguiente hablarse de la dogmática como de una ciencia tendencialmente *empírico-asertiva*, en tanto en cuanto las tesis deónticas de la *teoría del derecho* le asignan también un papel crítico y normativo¹⁹.

1.4. *El cuadrado deóntico: permitido que, permitido que no, prohibido y obligatorio*

Procedamos ahora a la construcción de nuestro sistema de modos deónticos. Se trata de un sistema compuesto por el postulado P1, cuatro definiciones y 56 teoremas, todos bastante simples e intuitivos, si bien requerirán —en este párrafo y en el próximo— un análisis tal vez excesivamente prolijo y meticuloso, sobre buena parte del cual podrá el lector pasar por encima.

La implicación expresada por P1, al no admitir la verdad del antecedente y la falsedad del consecuente, excluye sólo que estén simul-

táneamente no permitidas tanto la comisión como la omisión de una misma acción (T1.3). Con arreglo a la misma, por tanto, de cualquier acción puede ocurrir que: *a*) o estén permitidas tanto la comisión como la omisión; o *b*) esté permitida la omisión pero no la comisión; o *c*) esté permitida la comisión pero no la omisión. Estas tres hipótesis configuran otros tantos modos deónticos que convendré en denominar, respectivamente, ‘*facultativo*’, ‘*prohibido*’ y ‘*obligatorio*’.

D1.1 ‘*Facultativo*’ es aquello de lo que están permitidas tanto la comisión como la omisión.

$$(x)(FCOx \equiv (PERx \cdot PER\perp x))$$

D1.2 ‘*Prohibido*’ es aquello de lo que está permitida la omisión y no está permitida la comisión.

$$(x)(VIEx \equiv (PER\perp x \cdot \neg PERx))$$

D1.3 ‘*Obligatorio*’ es aquello de lo que está permitida la comisión y no está permitida la omisión.

$$(x)(OBBx \equiv (PERx \cdot \neg PER\perp x))$$

Hablaré en el próximo parágrafo de la figura de lo ‘*facultativo*’, asimétrica, como veremos, respecto a las demás de las que disponemos. En efecto, se puede mostrar que ‘*prohibido*’ y ‘*obligatorio*’, a diferencia de ‘*facultativo*’, son reducibles el uno a la figura única del ‘no permiso de la comisión’ (que con arreglo a P1 implica el permiso de la omisión) y el otro a la figura única del ‘no permiso de la omisión’ (que con arreglo a T1.1 implica el permiso de la comisión). Nuestras definiciones de ‘*prohibido*’ y de ‘*obligatorio*’ pueden por tanto ser simplificadas: ‘*prohibido* que’ equivaldrá simplemente a ‘no permitido que’ (T1.4) y ‘*obligatorio* que’ a ‘no permitido que no’ (T1.5). Consiguientemente, en virtud de la regla de sustitución, ‘*prohibido* que no’ y ‘*obligatorio* que no’ equivaldrán el uno a ‘no permitido que no’ (T1.6) y el otro a ‘no permitido que’ (T1.7); del mismo modo que, por la transitividad de la equivalencia, ‘*prohibido*’ equivaldrá a ‘*obligatorio* que no’ (T1.8) y ‘*obligatorio*’ a ‘*prohibido* que no’ (T1.9). A la inversa, ‘*permitido* que’ equivaldrá tanto a ‘no *prohibido* que’ (T1.10) como a ‘no *obligatorio* que no’ (T1.11), por tanto equivalentes a su vez (T1.12), y ‘*permitido* que no’ equivaldrá tanto a ‘no *obligatorio* que’ (T1.13) como a ‘no *prohibido* que no’ (T1.14), por tanto equivalentes a su vez (T1.15).

$$T1.4 (x)(VIEx \equiv \neg PERx)$$

$$T1.5 (x)(OBBx \equiv \neg PER\perp x)$$

$$T1.6 (x)(VIE\perp x \equiv \neg PER\perp x)$$

$$T1.7 (x)(OBB\perp x \equiv \neg PERx)$$

$$D1.2, P1$$

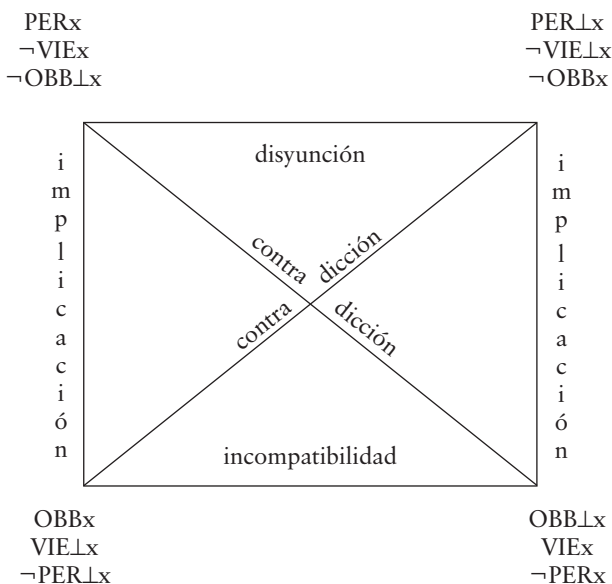
$$D1.3, T1.3$$

$$T1.4$$

$$T1.5$$

T1.8 (x)(VIE _x \equiv OBB \perp x)	T1.4, T1.7
T1.9 (x)(OBB _x \equiv VIE \perp x)	T1.5, T1.6
T1.10 (x)(PER _x \equiv \neg VIE _x)	T1.4
T1.11 (x)(PER _x \equiv \neg OBB \perp x)	T1.7
T1.12 (x)(\neg VIE _x \equiv \neg OBB \perp x)	T1.8
T1.13 (x)(PER \perp x \equiv \neg OBB _x)	T1.5
T1.14 (x)(PER \perp x \equiv \neg VIE \perp x)	T1.6
T1.15 (x)(\neg OBB _x \equiv \neg VIE \perp x)	T1.9

Estos doce teoremas muestran por tanto la interdefinibilidad de ‘permitido’, ‘prohibido’ y ‘obligatorio’. Al ser los contextos de cada una de estas figuras transformables los unos en los otros mediante la negación del predicado y/o de su tema, todo el análisis del cuadrado deóntico puede ser reformulado en términos no ya únicamente de ‘permitido’, sino también de ‘prohibido’ y de ‘obligatorio’.



Concretamente, de las seis oposiciones representadas por nuestro cuadrado, las dos relaciones de *contradictoriedad* —expresadas en el § 1.2 por las tesis (a) y (b)— son reformulables mediante las oposiciones en las que cada predicado deóntico se encuentra con la negación del equivalente según las tesis que se acaban de demostrar (T1.4-T1.15); las dos relaciones de *implicación* —expresadas por las tesis (c) y (d)— lo son mediante la implicación de ‘permitido que no’ por parte de ‘no permitido’ (P1) y de ‘permitido’ por parte de ‘no permitido que no’ (T1.1), así como de ‘permitido’ (o ‘no prohibido’, o ‘no obligatorio que no’) por parte de ‘obligatorio’ (T1.16-T1.18) y de ‘permitido que no’ (o ‘no

obligatorio', o 'no prohibido que no') por parte de 'prohibido' (T1.19-T1.21); la relación de *disyunción* —expresada por la tesis (e)—, mediante las disyunciones o sumas lógicas de 'permitido' y 'permitido que no' (T1.2), de 'no prohibido' y 'no obligatorio' (T1.22), de 'no prohibido' y 'permitido que no' (T1.23) y de 'no obligatorio' y 'permitido' (T1.24); y, finalmente, la relación de *incompatibilidad* —expresada por la tesis (f)— mediante la negación de la conjunción o producto lógico de 'no permitido' y 'no permitido que no' (T1.3), de 'prohibido' y 'obligatorio' (T1.25), de 'prohibido' y 'no permitido que no' (T1.26) y de 'obligatorio' y 'no permitido' (T1.27).

T1.16 (x)(OBBx \rightarrow \neg VIEx)	T1.3, T1.5, T1.10
T1.17 (x)(OBBx \rightarrow \neg OBB \perp x)	T1.3, T1.5, T1.11
T1.18 (x)(OBBx \rightarrow PERx)	T1.3, T1.5
T1.19 (x)(VIEx \rightarrow \neg OBBx)	P1, T1.4, T1.13
T1.20 (x)(VIEx \rightarrow \neg VIE \perp x)	P1, T1.4, T1.14
T1.21 (x)(VIEx \rightarrow PER \perp x)	P1, T1.4
T1.22 (x)(\neg VIEx \vee \neg OBBx)	T1.2, T1.10, T1.13
T1.23 (x)(\neg VIEx \vee PER \perp x)	T1.2, T1.10
T1.24 (x)(\neg OBBx \vee PERx)	T1.2, T1.13
T1.25 (x) \neg (VIEx \cdot OBBx)	T1.3, T1.4, T1.5
T1.26 (x) \neg (VIEx \cdot \neg PER \perp x)	T1.3, T1.4
T1.27 (x) \neg (OBBx \cdot \neg PERx)	T1.3, T1.5

En términos más sencillos y más homogéneos podemos expresar las mismas oposiciones afirmando: *a*) la contradictoriedad entre permitido y no permitido (o prohibido), entre prohibido y no prohibido (o permitido) y entre obligatorio y no obligatorio (o permitido que no); *b*) las implicaciones entre obligatorio y no prohibido (o permitido) y entre prohibido y no obligatorio (o permitido que no); *c*) la disyunción entre permitido y permitido que no; *d*) la incompatibilidad entre prohibido y obligatorio.

1.5. *Facultativo y vinculado: el hexágono deóntico.*

Tipologías de los modos deónticos

'Facultativo', 'prohibido' y 'obligatorio', como habíamos establecido con nuestras tres primeras definiciones, son tres modos deónticos equivalentes cada uno de ellos a la conjunción ya sea de la figura de lo 'permitido que' o de la figura de lo 'permitido que no' —disyuntas en virtud de la tesis T1.2— con la afirmación o con la negación de la otra: 'facultativo' es la conjunción del 'permitido que' y el 'permitido que no'; 'prohibido' lo es del 'permitido que no' y el 'no permitido que'; 'obligatorio' lo es

del ‘permitido que’ y el ‘no permitido que no’. Queda excluida —por el postulado P1 y por su corolario T1.3— la posibilidad de identificar como modo deóntico la cuarta combinación: la de la conjunción de ‘no permitido que’ y ‘no permitido que no’. De estas dos negaciones, si bien no se admite la conjunción, se admite en cambio la disyunción, que define un sexto modo deóntico al que llamaré ‘*vinculado*’:

D1.4 *‘Vinculado’ es aquello de lo que no está permitida la comisión o no está permitida la omisión.*

(x)(VINx \equiv (\neg PERx \vee \neg PER \perp x))

Disponemos así de seis modos deónticos: los cuatro modos representados por el cuadrado que se mostró en el párrafo precedente e interdefinibles —‘permitido que’, ‘permitido que no’, ‘no permitido que’ (o ‘prohibido’) y ‘no permitido que no’ (u ‘obligatorio’)—, más ‘facultativo’ y ‘vinculado’, definidos el uno como la conjunción de los dos primeros y el otro como la disyunción de los dos restantes. ‘*Facultativo*’, en efecto, designa específicamente aquello que está plenamente ‘permitido (que y que no)’ y que por consiguiente no coincide ni con la figura más genérica de lo ‘permitido que’ (ya que, como dice la tesis T1.18, también lo está lo que es ‘obligatorio’) ni con la figura más genérica de lo ‘permitido que no’ (ya que, como dice la tesis T1.21, también lo está lo que está ‘prohibido’), sino sólo con la conjunción de ambas: es decir, con el permiso tanto de la comisión como de la omisión. ‘*Vinculado*’, a su vez, designa genéricamente aquello que de un modo u otro está ‘no permitido (que o que no)’ y que por consiguiente no coincide ni con la figura más específica de lo ‘prohibido’ (ya que, como dice la definición D1.4, también lo está lo que está ‘no permitido que no’ y por tanto, según la tesis T1.5, es ‘obligatorio’) ni con la figura más específica de lo ‘obligatorio’ (ya que, como dice aquella misma definición, también lo está lo que está ‘no permitido que’ y por tanto, según la tesis T1.4, está ‘prohibido’), sino sólo con la disyunción de ambas: esto es, con el no permiso o de la comisión o de la omisión. Se siguen de ello las equivalencias tanto entre ‘facultativo que’ y ‘facultativo que no’ (T1.28) como entre ‘vinculado que’ y ‘vinculado que no’ (T1.29) y, por consiguiente, la fungibilidad de sus contextos, utilizables sin equívocos para designar el carácter facultativo o vinculado ya sea de la comisión (x) o de la omisión (\perp x) de la acción de que se trate²⁰.

T1.28 (x)(FCOx \equiv FCO \perp x)

D1.1

T1.29 (x)(VINx \equiv VIN \perp x)

D1.4

Al igual que los cuatro modos representados en el cuadrado, por otra parte, también ‘facultativo’ y ‘vinculado’ se encuentran —entre sí y con todos los demás modos deónticos— en relaciones de contradic-

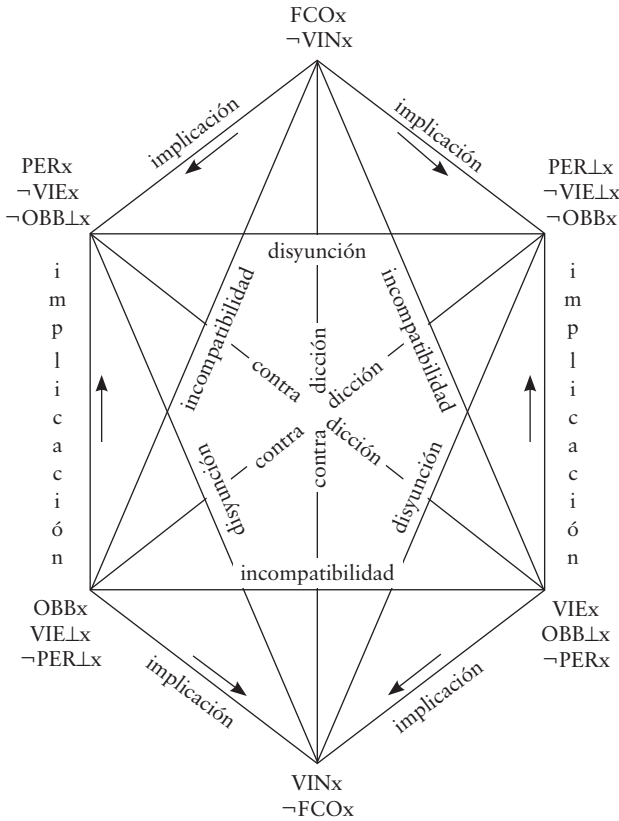
toriedad (o de alternatividad), de disyunción (o de subcontrariedad), de incompatibilidad (o de contrariedad) y de implicación (o de subalternancia). El clásico cuadrado deóntico puede ser por tanto desarrollado en el siguiente *hexágono deóntico*²¹, que representa todas las oposiciones (quince) entre los seis modos de los que disponemos.

Concretamente, ‘facultativo’ y ‘vinculado’, al estar definidos el uno como la conjunción de ‘permitido que’ y ‘permitido que no’ y el otro como la disyunción de las negaciones de ambos, están entre sí en relación de *contradictoriedad*, de manera que lo que es facultativo no está vinculado y viceversa (T1.30). ‘Facultativo’, por otra parte, está en relación de *implicación* con ‘permitido que’ y con ‘permitido que no’ (T1.31, T1.32) y en relación de *incompatibilidad* con ‘prohibido’ y con ‘obligatorio’ (T1.33, T1.34). Finalmente, ‘vinculado’ está en relación de *disyunción* con ‘permitido que’ y con ‘permitido que no’ (T1.35, T1.36) y en relación de *implicación* con ‘prohibido’ y con ‘obligatorio’ (T1.37, T1.38).

T1.30 (x)(FCOx \equiv \neg VINx)	D1.1, D1.4
T1.31 (x)(FCOx \rightarrow PERx)	D1.1
T1.32 (x)(FCOx \rightarrow PER \perp x)	D1.1
T1.33 (x) \neg (FCOx \cdot VIEx)	T1.31, T1.4
T1.34 (x) \neg (FCOx \cdot OBBx)	T1.32, T1.5
T1.35 (x)(VINx \vee PERx)	D1.4
T1.36 (x)(VINx \vee PER \perp x)	D1.4
T1.37 (x)(VIEx \rightarrow VINx)	T1.35, T1.10
T1.38 (x)(OBBx \rightarrow VINx)	T1.36, T1.13

Dividamos ahora los seis modos deónticos identificados por nuestro hexágono en dos grupos: por un lado, ‘*permitido que*’, ‘*permitido que no*’ y ‘*vinculado*’, que están entre sí en relación de disyunción (T1.2, T1.35, T1.36); por otro, ‘*facultativo*’, ‘*prohibido*’ y ‘*obligatorio*’, que están entre sí en relación de incompatibilidad (T1.33, T1.34, T1.25). Podemos observar que en el hexágono deóntico estas dos tríadas están representadas la una por el triángulo de los modos disyuntos entre sí y la otra por el triángulo de los modos incompatibles entre sí; y que cada uno de los modos de la primera tríada está implicado por los dos modos de la segunda tríada contiguos a él (T1.31, T1.18, T1.32, T1.21, T1.37, T1.38) y en relación de contradictoriedad con el tercero no contiguo (T1.10, T1.13, T1.30).

De ello se sigue que cada uno de los tres modos implicados equivale a la disyunción de sus dos modos implicantes (T1.39, T1.40, T1.41) y que cada uno de los tres modos implicantes equivale a la conjunción de sus dos modos implicados (D1.1, T1.42, T1.43). Sobre todo, deriva de ello la equivalencia de cada uno de los tres modos implicantes con la negación de los otros dos: ‘facultativo’ es todo aquello que ni está prohibido ni es obligatorio (T1.44), ‘prohibido’ es todo aquello que no es



ni facultativo ni obligatorio (T1.45) y ‘obligatorio’ es todo aquello que ni es facultativo ni está prohibido (T1.46).

T1.39	$(x)(PER_x \equiv (FCO_x \vee OBB_x))$	D1.1, D1.3
T1.40	$(x)(PER_{\perp x} \equiv (FCO_x \vee VIE_x))$	D1.1, D1.2
T1.41	$(x)(VIN_x \equiv (VIE_x \vee OBB_x))$	D1.4, T1.4, T1.5
T1.42	$(x)(VIE_x \equiv (PER_{\perp x} \cdot VIN_x))$	D1.2, T1.37, D1.4
T1.43	$(x)(OBB_x \equiv (PER_x \cdot VIN_x))$	D1.3, T1.38, D1.4
T1.44	$(x)(FCO_x \equiv (\neg VIE_x \cdot \neg OBB_x))$	D1.4, T1.10, T1.13
T1.45	$(x)(VIE_x \equiv (\neg FCO_x \cdot \neg OBB_x))$	T1.42, T1.30, T1.13
T1.46	$(x)(OBB_x \equiv (\neg FCO_x \cdot \neg VIE_x))$	T1.43, T1.30, T1.10

Así pues, los modos de la primera tríada —‘permitido que’, ‘permitido que no’ y ‘vinculado’—, al equivaler cada uno de ellos a la suma lógica de los dos modos por los que está implicado (T1.39, T1.40, T1.41), son respecto a éstos figuras *genéricas*. Por otra parte, al estar entre sí en

relación de disyunción incluyente (T1.2, T1.35, T1.36) y no de incompatibilidad, no corresponden a categorías tipológicas autónomas capaces por sí solas de identificar el estatuto deóntico de sus correspondientes temas, sino que están siempre asociados entre sí de distintas formas (D1.1, T1.42, T1.43) dependiendo del modo deóntico que sirven para identificar con su conjunción. En suma, el ‘permiso’, como alguien ha dicho, «no se encuentra nunca en estado puro»²², al igual que lo ‘vinculado’ no se encuentra nunca en estado absoluto, requiriendo ambos, para identificar el estatuto deóntico de una acción, la conjunción con otro modo deóntico que esté en relación de disyunción con ellos.

A la inversa, los modos de la segunda tríada —‘facultativo’, ‘prohibido’ y ‘obligatorio’—, al equivaler cada uno de ellos al producto lógico de los dos modos que implica (D1.1, T1.42 y T1.43), son respecto a éstos figuras *específicas*; y cada uno, como *tipos deónticos* autónomos y distintos, identifica el estatuto deóntico de su correspondiente tema. Al mismo tiempo, al ser incompatibles entre sí (T1.33, T1.34, T1.25) son interdefinibles por exclusión, es decir, cada uno mediante la conjunción de las negaciones de los otros dos (T1.44, T1.45, T1.46)²³. Configuran por tanto una tipología excluyente y exhaustiva de los modos deónticos. En efecto, si en una cualquiera de las tres relaciones de disyunción (en el sentido que tenía en latín *vel*) expresadas por las tesis T1.2, T1.35 y T1.36 sustituimos cada uno de los términos disyuntos, que como se ha dicho nunca se encuentran en estado puro o absoluto, con las sumas lógicas —equivalentes a ellos según los teoremas T1.39, T1.40 y T1.41— de los términos por los que están implicados, obtenemos una tripartición tipológica de todos los modos deónticos en las tres figuras de lo ‘*facultativo*’, lo ‘*prohibido*’ y lo ‘*obligatorio*’ que tiene la forma de una disyunción excluyente (en el sentido que tenía en latín *aut*), en la medida en que admite la verdad de uno y solamente uno de los términos disyuntos (T1.47). Todos los comportamientos —diremos por tanto, introduciendo por vez primera el término primitivo ‘comportamiento’²⁴— son o facultativos o prohibidos u obligatorios (T1.48), o bien, dada la equivalencia entre ‘vinculado’ y la suma de ‘prohibido’ y ‘obligatorio’ (T1.41), o facultativos o vinculados (T1.49, T1.50).

T1.47 (x)(FCOx v VIEx v OBBx)	T1.2, T1.39, T1.40
T1.48 (x)(COMx → (FCOx v VIEx v OBBx))	T1.47
T1.49 (x)(FCOx v VINx)	T1.47, T1.41
T1.50 (x)(COMx → (FCOx v VINx))	T1.47

El mérito de la clasificación expresada por las tesis T1.47 y T1.48 está en que no contempla ningún modo implicado por otros: ni ‘permitido que’, ni ‘permitido que no’, ni ‘vinculado’, que como se ha dicho no poseen autonomía tipológica al denotar cada uno de ellos la suma lógica de los términos por los que está implicado. Los tres tipos deónticos que distingue —‘facultativo’, ‘prohibido’ y ‘obligatorio’— podrán por tanto,

de ahora en adelante, ser empleados sin posibles equívocos como predicados de la comisión ('x') de lo que constituya su tema, con la consiguiente simplificación del cálculo: como sabemos, en efecto, 'facultativo que no' equivale a (y por consiguiente es fungible con) 'facultativo (que)' (T1.28), 'prohibido que no' equivale a (y por tanto puede designarse mejor con) 'obligatorio (que)' (T1.9) y 'obligatorio que no' equivale a (y por tanto puede designarse mejor con) 'prohibido (que)' (T1.8).

1.6. *Una interpretación nomodinámica de los sistemas deónticos.* *Tres conceptos de libertad*

Si la tesis T1.47 tiene el mérito de ofrecer una tipología excluyente y exhaustiva de todos los modos deónticos, la tesis T1.49 tiene el de enunciar una alternativa dicotómica. De ella se siguen dos importantes corolarios: por un lado, que todo lo que no está vinculado, es decir, ni está prohibido ni es obligatorio (T1.41), es facultativo (T1.51); por otro que, a la inversa, todo lo que no es facultativo está vinculado (T1.52), o sea, o está prohibido o es obligatorio (T1.41).

T1.51 $(x)(\neg \text{VIN}x \rightarrow \text{FCO}x)$

T1.49

T1.52 $(x)(\neg \text{FCO}x \rightarrow \text{VIN}x)$

T1.49

Estos dos corolarios han sido interpretados a veces como expresión de dos modelos opuestos de sistema normativo. El primero, en la medida en que enuncia la tesis según la cual «todo es facultativo excepto lo que está vinculado (es decir, está prohibido o es obligatorio)», representaría el modelo límite de un ordenamiento liberal. El segundo, al enunciar la tesis de que «todo está vinculado (es decir, está prohibido o es obligatorio) excepto lo que es facultativo», representaría el modelo límite de un ordenamiento autoritario²⁵. Pero es claro, después de todo lo que se ha dicho, que estas interpretaciones carecen de fundamento: en el plano lógico, en efecto, las dos fórmulas son perfectamente equivalentes y tautológicas, siendo una transformable en la otra y ambas aplicables a cualquier sistema normativo, del más autoritario al más permisivo²⁶.

Las dos fórmulas cobran en cambio sentido cuando —y sólo cuando— van referidas a sistemas nomodinámicos y se interpretan no simplemente como relaciones lógicas entre modos deónticos, sino como relaciones empíricas entre normación y no normación de hecho. En tal caso, en efecto, corresponden una de ellas (la T1.51) al principio según el cual (i) «es facultativo (no simplemente todo aquello que *no está* vinculado sino) todo aquello respecto a lo cual *no existe vínculo alguno*» (T1.53); y la otra (la T1.52) al principio según el cual (ii) «está vinculado», o mejor, «es vinculable (no simplemente todo aquello que *no es* facultativo sino) todo aquello respecto a lo cual *no existe facultad alguna*» (T1.54,

T1.55): donde el antecedente —«aquello respecto a lo cual no existe un vínculo» o «aquello respecto a lo cual no existe una facultad»— corresponde a la falta de hecho de una norma de cualquier tipo.

T1.53 $\neg(\exists x)VINx \rightarrow (x)FCOx$ T1.51

T1.54 $\neg(\exists x)FCOx \rightarrow (x)VINx$ T1.52

T1.55 $\neg(\exists x)FCOx \rightarrow M(x)VINx$ T1.54

En ambos casos ‘vinculado’ y ‘facultativo’ pertenecen a dos niveles de lenguaje y de discurso diferentes: el antecedente expresa (la inexistencia de) un deber ser (y concretamente de vínculos, jurídicos o de otro tipo, en la tesis T1.53 y de facultades protegidas de un modo u otro en las tesis T1.54 y T1.55) respecto al ser de un determinado tipo de comportamiento (facultativo en la tesis T1.53 y vinculado o vinculable en las tesis T1.54 y T1.55) expresado por el consecuente. Y admiten dos pares de interpretaciones diferentes, según que se entienda el antecedente en sentido descriptivo, esto es, en el sentido de que no hay nada vinculado o facultativo, o bien en sentido prescriptivo, es decir, en el sentido de que no ha sido producida ninguna prescripción en virtud de la cual algo está vinculado o es facultativo. En el primer caso nuestras fórmulas son interpretables como dos representaciones del estado de naturaleza (o pre-jurídico); en el segundo, lo son como expresiones de otros tantos modelos normativos de estado civil (o jurídico).

En primer lugar, nuestras fórmulas se pueden interpretar en sentido *descriptivo*, es decir, como representaciones de dos diferentes modelos o concepciones del *estado de naturaleza*: el primero, en el que todo (en ausencia de vínculos impuestos jurídicamente) es facultativo; el segundo, en el que todo (en ausencia de facultades jurídicamente aseguradas) está vinculado o es vinculable. Por un lado, la idea del estado de naturaleza como lugar de libertad, por otro, la de dicho estado como lugar de opresión. Por lo demás, de nuevo nuestras fórmulas, a pesar del distinto acento puesto por la primera en las facultades y por la segunda en los vínculos, son lógicamente equivalentes y representan la una el reverso de la otra. En el modelo del estado de naturaleza expresado por la primera fórmula, en efecto, cada uno puede hacer o no hacer todo aquello que no le está impedido o impuesto hacer. Pero lo que cada uno puede hacer o no hacer depende en realidad de la distinta fuerza de la que cada cual está dotado: de manera que, de hecho, a cada uno le está (o le puede estar) impedido o impuesto todo aquello que no se le consiente hacer o no hacer. Así es como el primer modelo, a pesar de ser más plausible en abstracto, se resuelve en concreto en el segundo, en el que rige la ley del más fuerte y donde por tanto, en ausencia de derecho, todos los comportamientos están potencialmente sujetos al arbitrio potestativo de los demás y a las obligaciones y prohibiciones que de hecho, aunque no de derecho, éstos le imponen.

Nuestras fórmulas pueden sin embargo ser interpretadas también en sentido *prescriptivo*, esto es, como representaciones del paso del estado de naturaleza al estado civil, en virtud de la imposición (o de la no imposición) de vínculos o facultades jurídicas por obra de actos prescriptivos de *derecho positivo*. Entendidas en este sentido equivalen a la negación y superación de los dos modelos de estado de naturaleza apuntados hasta el momento, esto es, de la total ausencia de vínculos o de facultades normativas que constituye su premisa. Concretamente, entendida en sentido prescriptivo y nomodinámico, la primera de nuestras fórmulas —la (i), expresada por la tesis T1.53— equivale al principio, enunciado solemnemente por el artículo 5 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789, según el cual «tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas». Está claro el carácter revolucionario de este principio. Anula jurídicamente, transformándolos en poderes ilegítimos que compete al nuevo orden eliminar, todos los poderes prejurídicos y todos los vínculos que existen de hecho en el estado de naturaleza, configurándose por lo tanto como el principio normativo que funda el paso al estado civil o, lo que es lo mismo, del gobierno de los hombres al gobierno de las leyes. Se trata, como resulta evidente, del *principio de legalidad*, constitutivo, por medio del monopolio legal tanto de la fuerza como de la potestad normativa, del *estado legislativo de derecho*.

Gracias a este principio, la libertad es asumida —según la interpretación descriptiva del estado de naturaleza expresada por la fórmula (i)— como un *prius* lógico respecto a los imperativos, admitidos sólo si están expresamente establecidos por la ley²⁷. Pero está claro que asumir esto no es sino una convención, que equivale en realidad a un principio nomodinámico que excluye normativamente todos los vínculos e imperativos —desde los extrajurídicos que son propios del estado de naturaleza a los jurídicos de tipo feudal o en cualquier caso premoderno— que no están basados en la ley. El desarrollo histórico del derecho y del estado de derecho se produjo en efecto bastante más por la progresiva destrucción de los vínculos prejurídicos e informales que dominan el estado de naturaleza que por la introducción de vínculos jurídicos respecto a un imaginario estado de naturaleza dominado por la libertad. El derecho —y más que nunca el derecho moderno— es en efecto un sistema de reglas que no nace en el vacío sino que se sobrepone, con la pretensión de desbancarlos en las materias que regula, a otros códigos normativos y a otros sistemas de poder: de tipo familiar, religioso, social o incluso meramente cultural. Piénsese en la larga supervivencia de vínculos naturales —como la sujeción doméstica de las mujeres a los hombres— incluso tras la afirmación del principio expresado por el citado artículo 5 de la *Déclaration* de 1789: durante siglos, y en parte todavía hoy, el derecho se ha detenido a las puertas de la casa, renunciando a traspasar el umbral del universo doméstico preservado y consagrado por él como «sociedad natural»²⁸. Pero, en términos más generales, pién-

sese en todos los variados micro- y macropoderes salvajes y no sujetos a reglas que gobernaban y en parte siguen gobernando aún la vida de relación al margen de cualquier límite y control legal. El desarrollo histórico de la libertad y la igualdad ha pasado siempre, y no podrá dejar de pasar, por la progresiva destrucción de los vínculos de hecho, de las relaciones de fuerza informales y «naturales», de los poderes y sujeciones prejurídicos y extrajurídicos que —en ámbitos como la familia, la fábrica y las relaciones internacionales— sobreviven en ausencia del derecho y de sus garantías²⁹.

Pero también la fórmula (ii), expresada por la tesis T1.54, puede ser interpretada en sentido prescriptivo y a la vez nomodinámico. En este sentido, enuncia la hipótesis de un sistema deóntico en el que estén positivamente estipulados no sólo los vínculos sino también las facultades no vinculables. Es la hipótesis que refleja no ya simplemente el modelo del derecho positivo, esto es, el principio de legalidad propio del estado legislativo de derecho, sino el *principio de constitucionalidad*, en virtud del cual también la ley está vinculada al derecho, según el modelo de lo que podemos llamar el *estado constitucional de derecho*. Con arreglo a esta interpretación, todos los comportamientos pueden quedar deónticamente vinculados por la ley mediante obligaciones o prohibiciones cuando no existan de esos mismos comportamientos (no ya facultades genéricas, sino) aquellas específicas facultades que están establecidas como normativamente intangibles e inviolables. Existen, con otras palabras, facultades intangibles cuando estén estipuladas como no vinculables (T1.56).

T1.56 $\neg M(x) \vee \neg N(x) \rightarrow (\exists x) FCOx$

T1.55

¿Y cuáles son estas facultades intangibles? No desde luego, como es evidente, las facultades de cualquier comportamiento, sino sólo las estipuladas como tales por normas aptas para limitar los poderes normativos que pueden a su vez limitar las demás facultades: en otros términos, todas aquellas consagradas por las constituciones rígidas como libertades o derechos fundamentales.

Nuestro análisis nos introduce así desde este mismo momento en el corazón del problema central del constitucionalismo: la relación entre facultades y vínculos, entre libertades y poderes en el seno de un paradigma complejo, articulado en varios niveles normativos, como es el de las actuales democracias constitucionales. Ciertamente la reconstrucción teórica de esta relación requerirá un aparato conceptual muy distinto, del que dispondremos sólo en la segunda y en la tercera parte de este libro: desde la noción de ‘relación de grado’ entre niveles normativos diferentes —supraordenados unos respecto a otros, subordinados a los primeros— a las de ‘validez’ e ‘invalidéz’ de las normas respecto a las ‘normas formales’ y ‘sustantivas’ relativas a su producción, hasta llegar a los conceptos de ‘poder’ y de ‘deber’ y a los de ‘constitución’ y ‘derechos

fundamentales'. No obstante lo cual, ya es posible desde este momento esbozar el análisis de esa relación, siquiera sea en los términos elementales sugeridos por las posibles interpretaciones de las triviales relaciones deónticas formuladas aquí entre 'facultativo' y 'vinculado'.

La primera de nuestras tesis —la T1.53—, interpretada en sentido nomodinámico, enuncia como hemos visto el principio de legalidad: cualquier comportamiento es facultativo si no existe respecto a él un vínculo, es decir, una obligación o una prohibición específicas. Pero esto quiere decir que la facultad o libertad de la que estamos hablando es predicable si, hasta que y en la medida en que no exista un acto legítimo cualquiera que la elimine o la reduzca. Ciertamente esta libertad es una libertad protegida —y no es poco— de sus violaciones ilegítimas: de los actos ilícitos, como por ejemplo los de violencia tipificados como delitos por la ley penal, o de los actos inválidos, como por ejemplo las resoluciones arbitrarias y también ellas contrarias a la ley. Pero es también una libertad subordinada al legítimo ejercicio de cualquier poder. Soy libre de pasar el día como quiera, siempre y cuando no me haya obligado en virtud de un contrato de trabajo a respetar un determinado horario, sólo después del cual podré disponer de mi «tiempo libre». Soy libre de recorrer una determinada carretera con mi automóvil, siempre y cuando la autoridad municipal no haya prohibido circular por ella en virtud de los poderes que le confiere la ley.

Es evidente que esta libertad mía no tiene nada que ver con los derechos fundamentales de libertad. No es sino la libertad consistente en la inmunidad frente a coerciones o constricciones ilegítimas: la que resulta, como escribe Hobbes, del *silentium legis*³⁰ y que precisamente por eso puede ser reducida o suprimida por cualquier acto prescriptivo legítimo. Estas reducciones o supresiones —por efecto de la autonomía privada negocial o de disposiciones públicas— están desde luego sometidas al *principio de legalidad*, en el que se basa el modelo del estado legislativo de derecho. Pero en ausencia a su vez de límites este principio es un principio absoluto, en virtud del cual *quod principi placuit legis habet vigorem*.

Es este carácter absoluto del poder el que queda negado por nuestra segunda tesis —la T1.54 (así como la T1.55, que se sigue de ella)—, que expresa lo que antes he llamado el *principio de constitucionalidad*: puede introducirse cualquier vínculo legal si en relación con ese mismo comportamiento no existe una facultad que bien podemos llamar, en tanto que normativamente supraordenada a aquel, «libertad fundamental». De hecho, también el poder de introducir vínculos es de por sí una facultad: una libertad positiva que en la esfera privada se expresa en los derechos de autonomía negocial y en la pública, si el sistema es democrático, en las funciones representativas instituidas por el ejercicio de los que en su momento llamaremos derechos de autonomía política. Puede ser una facultad ilimitada o puede estar sometida a su vez a límites y vínculos. Es precisamente en estos límites y vínculos, impuestos también

a la autonomía privada y al poder legislativo y por lo tanto a la legalidad misma, en lo que consisten todos los principios y derechos de rango constitucional: empezando por ese límite paradigmático, expresado por la interpretación aquí propuesta de nuestra tesis T1.54, en virtud del cual cualquier vínculo es admisible mientras no entre en conflicto con la existencia positiva (constitucional) de los derechos de libertad (T1.55); los cuales, a la inversa, existen positivamente (precisamente como libertades constitucionales) en tanto en cuanto no sean admisibles vínculos a su contenido (T1.56).

Existen por tanto, como veremos mejor en el § 2.4, tres niveles o conceptos de libertad: la *mera libertad* negativa y positiva, sujeta a los límites y vínculos que le impone directa o indirectamente la ley; la *autonomía* privada y la política, es decir, las específicas libertades positivas consistentes, la una directa y la otra indirectamente, en los poderes cuyo ejercicio conlleva una limitación de las meras libertades; y los *derechos de libertad*, esto es, aquellas específicas libertades negativas consistentes en las limitaciones impuestas a los poderes de autonomía, privados y políticos, como condiciones de validez de su ejercicio³¹. Y ello sin contar un cuarto nivel, que será mostrado en los §§ 11.6 y 15.1: el generado por la distinción de los derechos de libertad en '*libertades de*' (o libertades activas), consistentes en *facultates agendi*, y '*libertades frente a*' (o inmunidades fundamentales), consistentes en simples expectativas negativas: como el derecho a la vida, la libertad de conciencia y la inmunidad frente a la tortura, que al no conllevar ningún ejercicio no entran en conflicto con ningún otro derecho sino que constituyen un límite a todos los demás.

NOTAS

1. «Modo deóntico» no es un término de la teoría, sino la expresión del lenguaje ordinario con la que he interpretado en los Preliminares la suma lógica de 'permiso de la comisión' (o 'permitido que') y 'permiso de la omisión' (o 'permitido que no') así como de sus negaciones, tal y como figuran, por ejemplo, en las tesis «la expresión del pensamiento está ya sea permitida o no permitida», «fumar en los locales públicos no está permitido», «pagar los impuestos está 'no permitido que no'», etc. A la inversa, las 'modalidades', de las que hablaré en el próximo capítulo, no son propiedades de comportamientos, sino figuras de calificación o situaciones por las cuales están calificados deónticamente los comportamientos: no son 'lo que está permitido (que o que no)', sino lo que con un término no demasiado feliz llamaré en el próximo capítulo el 'permiso (positivo o negativo)'; no 'lo que está no permitido o prohibido', sino la 'prohibición'; no 'lo que está no permitido que no o es obligatorio', sino la 'obligación'; no 'lo que está permitido (que o que no)' o 'es facultativo', sino la 'facultad'. *Modos y modalidades*, (comportamientos) permitidos y permisos (de comportamiento), (comportamientos) prohibidos y prohibiciones (de comportamiento), (comportamientos) obligatorios y obligaciones (de comportamiento) designan en suma pares de conceptos conectados e interdefinibles, y no obstante sintácticamente

distintos y necesarios por igual, como veremos en su momento, para el vocabulario de la teoría del derecho: los unos para la teoría de los *actos jurídicos*, sean lícitos o ilícitos, potestativos u obligatorios; los otros, para la teoría de las *situaciones jurídicas*, sean derechos o prohibiciones, poderes u obligaciones civiles, funciones o cargas.

2. Sobre el cuadrado lógico de las oposiciones —cuya primera intuición se remonta a Apuleyo de Madaura, en el siglo II a.C.— existe una literatura amplísima. Me limito a recordar: J. M. Bochenski, *Formale Logik* [1956], trad. cast. de M. Bravo Lozano, *Historia de la lógica formal*, Gredos, Madrid, 1966, § 12, pp. 69-71; § 15, p. 96; y § 34, pp. 247-248; P. F. Strawson, *Introduction to Logical Theory* [1952], trad. cast. de J. Ameller, *Introducción a una teoría de la lógica*, Nova, Buenos Aires, 1969, cap. VI, pp. 185-186 y 192 ss.; A. N. Prior, *Formal Logic*, Clarendon, Oxford, 1963, pp. 72 ss., 103 ss., 185 ss., 220; I. Copi, *Introducción a la lógica*, Eudeba, Buenos Aires, 1995, cap. V, pp. 176-180 y cap. X, pp. 363-364; J. Dopp, *Notions de logique formelle* [1965], trad. cast. de N. Peña y P. de la Cruz, *Nociones de lógica formal*, Tecnos, Madrid, 1969, cap. II, sec. 3, § 2, p. 103; G. Kalinowski, *Introduction à la logique juridique* [1965], trad. cast. de J. A. Casaubon, supervisada por J. Vermal, *Introducción a la lógica jurídica. Elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica*, Eudeba, Buenos Aires, 1973, cap. III, § 3, d], pp. 97-98; N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Torino, 1958, § 50, pp. 236-240; Íd., *Teoria dell'ordinamento giuridico* [1960], cap. III, § 3, pp. 82-88 (ambos ahora en Íd., *Teoría general del derecho*, Debate, Barcelona, 1991, parte I, § 50, pp. 146-148; y parte II, § 66, pp. 196-200).

3. Si se asume la función proposicional «existen algunos x que son P » (o la equivalente «no todos los x son no P ») —interpretada, por ejemplo, por la proposición «hay algunos gatos que son negros» (y por la equivalente «no todos los gatos son no negros») —, se obtienen, según que se afirme o se niegue el cuantificador y/o el predicado, las cuatro combinaciones siguientes: *a*) «existen algunos x que son P » (o «no todos los x son no P »); *b*) «existen algunos x que son no P » (o «no todos los x son P »); *c*) «no existe algún x que sea P » (o «todos los x son no P »); *d*) «no existe algún x que sea no P » (o «todos los x son P »). Las equivalencias entre $(\exists x)Px$ y $(x)\neg Px$, entre $(\exists x)\neg Px$ y $\neg(x)Px$, entre $\neg(\exists x)\neg Px$ y $(x)Px$ y entre $\neg(\exists x)Px$ y $(x)\neg Px$ son leyes lógicas expresadas respectivamente, en nuestro cálculo de predicados, por las tesis lógicas sobre la negación de cuantificadores L6.1, L6.2, L6.3 y L6.4, reproducidas en el § 4.2.3 de la Introducción al vol. III, titulado *La sintaxis del derecho*.

4. Si se asume la función «es posible que p » (o la equivalente «no es necesario que no p ») —interpretada, por ejemplo, por la tesis «es posible que en el planeta Marte exista la vida» (o por la equivalente «no es necesario que en el planeta Marte no exista la vida») —, se obtienen, dependiendo también aquí del distinto uso del signo «no», las cuatro combinaciones siguientes: *a*) «es posible que p », o «no es necesario que no p »; *b*) «es posible que no p », o «no es necesario que p »; *c*) «es imposible que p », o «es necesario que no p »; *d*) «es imposible que no p », o «es necesario que p ». Las equivalencias entre Mp y $\neg L\neg p$, entre $M\neg p$ y $\neg Lp$, entre $\neg Mp$ y $L\neg p$, y entre $\neg M\neg p$ y Lp son leyes lógicas expresadas respectivamente, en nuestro cálculo modal, por las tesis L11.1, L11.2, L11.3 y L11.4 sobre la negación de los cuantificadores de posibilidad y necesidad reproducidas en el § 4.3.3 de la Introducción al ya citado vol. III de la presente obra, *La sintaxis del derecho*.

5. Si se asume una función proposicional en la que el sujeto sea una acción x y el predicado sea nuestro término primitivo «*permitido*» —es decir, « x está

permitido» (por ejemplo, «fumar» está permitido)», tendremos, según que se afirme o se niegue el sujeto y/o el predicado, cuatro combinaciones —a) « x está permitido» ($PERx$); b) «no x está permitido» ($PER\downarrow x$); c) « x está no permitido» ($\neg PERx$); d) «no x está no permitido» ($\neg PER\downarrow x$)— equivalentes respectivamente, como veremos, a las expresiones $\neg VIEx$, $\neg VIE\downarrow x$, $VIEx$ y $VIE\downarrow x$, así como a las expresiones $\neg OBB\downarrow x$, $\neg OBBx$, $OBB\downarrow x$ y $OBBx$. Por otra parte, estas equivalencias —como se explicará mejor en el próximo párrafo— no se configuran aquí como tesis lógicas, sino como tesis teóricas. Y ello en razón de que ‘permitido que’, ‘permitido que no’ y luego ‘facultativo’, ‘prohibido’, ‘obligatorio’ y ‘vinculado’ no se asumen aquí como operadores deónticos, sino como términos teóricos provistos de significado empírico.

6. A propósito de las múltiples interpretaciones que pueden asociarse al cuadrado de las oposiciones, merece la pena reproducir el siguiente pasaje de Georg Henrik von Wright: «Los llamados conceptos modales pueden ser convenientemente divididos en tres o cuatro grandes grupos. Hay modos aléticos o modos de verdad. Son conceptos tales como lo necesario (lo necesariamente verdadero), lo posible (lo posiblemente verdadero) y lo contingente (lo contingentemente verdadero). Hay modos epistémicos o modos de conocimiento. Son conceptos tales como lo verificado (lo que se conoce que es verdadero), lo no decidido y lo falsado (lo que se conoce que es falso). Hay modos deónticos o modos de obligación. Son conceptos tales como lo obligatorio (aquello que debemos hacer), lo permitido (aquello que nos está permitido hacer) y lo prohibido (aquello que no debemos hacer). Como un cuarto gran grupo de categorías modales se pueden añadir los modos existenciales o modos de existencia. Son conceptos tales como universalidad, existencia y vaciedad (de propiedades o clases). Hay semejanzas esenciales, pero también características diferencias entre los diversos grupos de modalidades. Todos merecen, por tanto, un tratamiento especial. El estudio de los modos existenciales es usualmente conocido como teoría de la cuantificación. El estudio de los modos aléticos cubre la mayor parte de lo que tradicionalmente se conoce como lógica modal. El análisis de los modos epistémicos no tiene gran extensión y los modos deónticos muy raramente han sido tratados por los lógicos. En este artículo se esbozará una lógica formal elemental de las modalidades deónticas» (G. H. von Wright, *Deontic Logic* [1951], trad. cast. de J. Rodríguez Marín, *Lógica deóntica*, Cuadernos Teorema, Valencia, 1979, pp. 25-26). Cf. también G. H. von Wright, *An Essay in Modal Logic*, North-Holland, Amsterdam, 1951.

En realidad las posibles interpretaciones del cuadrado de las oposiciones son aún más numerosas. En el próximo capítulo introduciré el cuadrado de las ‘expectativas’ correlativo al de las modalidades deónticas: ‘expectativa positiva (de que, o de la comisión)’, ‘expectativa negativa (de que no, o de la omisión)’, ‘no expectativa positiva (de que, o de la comisión)’, ‘no expectativa negativa (de que no, o de la omisión)’. Se podrían introducir además múltiples «modalidades pragmáticas». En esta misma teoría, por ejemplo, se podría elaborar un cuadrado de las oposiciones —como se verá en el § 3.8— a partir del término ‘interés’: «interés positivo», esto es, en la comisión de un comportamiento; «interés negativo», es decir, en la omisión de un comportamiento; «desinterés positivo», o sea, no interés en la comisión; y «desinterés negativo», esto es, no interés en la omisión. Análogamente, se podría construir otro cuadrado a partir del término «voluntad», que no introduciré sin embargo en esta teoría aun cuando sería indudablemente de gran utilidad, a los fines, por ejemplo, de la imputación de un delito respectivamente a título de dolo («voluntad de que»), de culpa («no voluntad de que»), de culpa grave («no voluntad de que no»), o de fuerza mayor

(«voluntad de que no»); o a los fines —que esbozaré en el § 5.3 y en la nota 13 del capítulo V— de una posible clasificación de las ‘causas’ y de los ‘actos’ jurídicos según que sus efectos sean «queridos que» (como los efectos típicos de los negocios), «no queridos que» (como las sanciones de los ilícitos), «querido que no» (como la anulación de los actos inválidos), o «no querido que no» (como la no producción de efectos por parte de actos inválidos). Se trata de otros tantos cuadrados de las oposiciones que bien podrían ser utilizados en un posible desarrollo de la presente teoría.

7. ‘Comisión’ y ‘omisión’ son aquí simbolizados, respectivamente, por «x» y « $\neg x$ »: esto es, por signos de afirmación y negación que actúan, según las reglas formuladas en el § 12.1.2 de la Introducción, no sobre los predicados sino sobre sus temas. Por otra parte, he utilizado el símbolo ‘ \perp ’ en lugar de ‘ \neg ’ para designar la omisión, al no tratarse de una conectiva entre enunciados sino en todo caso de un operador. El término ‘acción’, a su vez, será utilizado provisoriamente como nombre de la variable subjetiva ‘x’ que opera como tema de ‘permitido (que o que no)’: es decir, en un significado extensísimo comprensivo no sólo de los ‘comportamientos’ externos y por tanto empíricamente observables, sino de cualquier acto físico o psíquico —actos internos, pensamientos, estados de ánimo, sentimientos, etc.— susceptibles de calificación deóntica.

8. Naturalmente en vez de partir de ‘permitido’ se habría podido hacerlo de ‘prohibido’ o de ‘obligatorio’, definibles —como veremos— como ‘no permitido que’ (T1.4) y como ‘no permitido que no’ (T1.5). La asunción como término primitivo de ‘obligatorio’ habría permitido formular el cuadrado según la representación más difundida, que pone arriba la relación de incompatibilidad (entre «todos» y «ninguno», entre «necesario» e «imposible», entre «obligatorio» y «obligatorio que no») y abajo la de disyunción (entre «alguno» y «no todos», entre «posible» y «contingente», entre «no obligatorio que no» y «no obligatorio que»).

9. Sobre las distintas acepciones en las que se ha usado el término «deóntica» en la literatura, cf. T. Mazzarese, *Logica deontica e linguaggio giuridico*, Cedam, Padova, 1989, Introducción, pp. 3-17; Íd., «Logica giuridica», en *Digesto, IV Edizione. Discipline privatistiche. Sezione civile*, Utet, Torino, 1994, vol. XI, pp. 128-138.

10. Como es sabido, la distinción entre nomoestática y nomodinámica fue formulada por Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1979, § 34, pp. 203-208. Sobre la distinción, cf. A. G. Conte, «Nomostatica e nomodinamica», en *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Torino, vol. XI, 1965, pp. 321-323; L. Gianformaggio (ed.), *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, Giappichelli, Torino, 1991 y la amplia bibliografía a la que allí se alude; P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Giappichelli, Torino, 1996. Una anticipación de los distintos estatutos epistemológicos que corresponden a los sistemas nomoestáticos y a los sistemas nomodinámicos fue la expresada, en términos extraordinariamente modernos, por Hugo Grocio, que distinguió el *ius naturale* del *ius gentium* a partir del carácter deductivo (por *recta illatio*) de los preceptos del primero e inductivo y positivo (por *communis aliquis consensus*) de los del segundo: «Ubi multi diversis temporibus ac locis idem pro certe affirmant, id ad causam universalem referri debeat: quae in nostris quaestionibus alia esse non potest quam aut recta illatio ex naturae principiis procedens, aut communis aliquis consensus. Illa jus naturae indicat, hic jus gentium» [«Cuando muchos en diferentes tiempos y lugares afirman por cierta una misma cosa, eso debe atribuirse a una causa universal; lo cual en nuestras cuestiones no puede ser otra que o la consecuencia directa sacada de los principios naturales, o algún común consentimiento. Aquélla indica el

derecho natural, y éste el de gentes»]. Para distinguir estos dos tipos de sistemas, añade Grocio, no debemos mirar a los términos usados por los distintos autores de manera a menudo confusa, sino a la calidad de sus argumentos: «quod enim ex certis principiis certa argumentatione deduci non potest, et tamen ubique observatum apparet, sequitur ut ex voluntate libera ortum habeat» [«lo que no puede deducirse con segura argumentación de principios ciertos, y es con todo eso practicado en todas partes, síguese que tenga su origen en la libre voluntad»] (*De jure belli ac pacis libri tres* [1625], trad. cast. de J. Torrubiano Ripoll, *Del derecho de la guerra y de la paz*, 4 vols., Reus, Madrid, 1925, vol. I, Prolegómenos, § 40, p. 29). De manera no menos eficaz, el fundamento respectivamente cognoscitivo (*quia peccatum*) y voluntarista (*quia prohibitum*) del derecho natural y del derecho positivo fue expresado además por el mismo Grocio mediante la tesis de que el primero prescribe o veta las acciones que son por sí mismas obligatorias o ilícitas, mientras que el segundo hace obligatorias o ilícitas las acciones que prescribe o veta (*ibid.*, lib. I, cap. I, X, 2, p. 52).

11. Sobre la cuestión, remito a mis trabajos *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2009, § 1, pp. 33-40 y § 56.1, pp. 851-852; «Il diritto come sistema di garanzie» [1993], trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, «El derecho como sistema de garantías», en L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2010, pp. 15-35; «Lo Stato di diritto tra passato e futuro», en P. Costa y D. Zolo (eds.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002, § 2, pp. 350-354 (hay trad. cast. de P. Allegue de una versión abreviada de ese trabajo, con el título «Pasado y futuro del Estado de Derecho», en M. Carbonell [ed.], *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 13-29; *vid.* pp. 15-17). Véanse además, *infra*, los §§ 13.6-13.8. Sobre el derecho romano y el derecho común como derechos jurisprudenciales, cf. L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1967, caps. I y II.

12. «Doctrinae quidem verae esse possunt; sed authoritas non veritas facit legem» (Th. Hobbes, *Leviathan, sive de Materia, Forma et Potestate Civitatis ecclesiasticae et civilis*, ed. de R. Santi, *Leviatano*, con texto inglés de 1651 y texto latino de 1668, Bompiani, Milano, 2001, cap. XXVI, § 21, p. 448 [trad. cast. —con prólogo y notas— de C. Mellizo, *Leviatán, o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Alianza, Madrid, 1989, pp. 223-224: «La autoridad de los escritores, cuando no va acompañada de la autoridad del Estado, no convierte sus opiniones en ley, por verdaderas que sean»]). Una frase análoga es enunciada por Hobbes en *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England* [1681], en *The English Works*, ed. de W. Molesworth (1839-1845), reimp. Scientia, Aalen, 1965, vol. VI, p. 5: «It is not wisdom, but authority that makes a law» (trad. cast. —con estudio preliminar y notas— de M. Á. Rodilla, en *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 3-149, p. 6: «No es la sabiduría sino la autoridad la que hace una ley»). Hobbes atribuye a sir Edward Coke la tesis de que *nihil quod est contra rationem est licitum*, esto es, que «nada que sea contrario a la razón es lícito» y que «el Derecho común no es sino la razón» (*Diálogo entre un filósofo y un jurista...*, cit., p. 5).

13. Esta divergencia entre derecho y ciencia del derecho, entre normas y proposiciones normativas (que explican o interpretan el significado de las normas) y, a la vez, las cuatro paradojas enumeradas a continuación, dependen del hecho —sobre el que habré de volver en varias ocasiones— de que la existencia de las normas no depende de su coherencia sino únicamente de su producción por obra de actos normativos formalmente válidos, de manera que bien pueden existir, junto a los actos que las producen, normas en conflicto entre sí; mientras

que las proposiciones de la ciencia jurídica que interpretan el significado de las normas no pueden ser incoherentes entre sí so pena de inconsistencia de su contenido informativo. Eugenio Bulygin ha aclarado perfectamente los términos de la *vexata quaestio* de la aplicabilidad de la lógica al derecho —suscitada por el célebre debate entre Hans Kelsen y Ulrich Klug de 1959 a 1965 (H. Kelsen y U. Klug, *Rechtsnormen und logische Analyse* [1981], trad. cast., *Normas jurídicas y análisis lógico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988)— afirmando que está en su base una diferente referencia semántica de las dos tesis contrapuestas: los que niegan y los que afirman la aplicabilidad de la lógica al derecho se refieren los unos a las normas tal y como resultan de los actos normativos por los que son producidas, los otros, a los significados de las normas tal y como resultan de su interpretación por medio de las proposiciones normativas (E. Bulygin, «Estudio preliminar», en H. Kelsen y U. Klug, *op. cit.*, pp. 19-23). Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin han llamado «expresiva» a la concepción, sostenida por la primera tesis, de las normas como actos lingüísticos de derecho positivo, entre los que obviamente no se dan relaciones lógicas; mientras que han llamado «hilética» a la concepción, sostenida por la segunda tesis, de las normas como significados entre los cuales, de manera no menos obvia, pueden darse relaciones lógicas («The Expressive Conception of Norms» [1981], trad. cast., «La concepción expresiva de las normas», en C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, § 6, pp. 121-153). Cf. también, sobre esta distinción, P. E. Navarro, *La eficacia del Derecho. Una investigación sobre la existencia y funcionamiento de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 31 ss. En este sentido, las dos tesis y las concepciones que subyacen a ellas no parecen en absoluto incompatibles. Han sostenido la concepción expresiva y la tesis de la no aplicabilidad de la lógica al derecho H. Kelsen, «Recht und Logik» [1965], trad. it., «Diritto e logica», en R. Guastini (ed.), *Problemi di teoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1980, pp. 173-195; Íd., *Teoría general de las normas*, Trillas, México, 1994, cap. LVIII, pp. 224 ss.; A. G. Conte, «In margine all'ultimo Kelsen» [1967], en *Filosofia del linguaggio normativo*. I. *Studi* 1965-1981, Giappichelli, Torino, 1989, § 2, pp. 17-30; G. H. von Wright, «Norms, Truth and Logic» [1982], trad. cast. de C. Alarcón Cabrera, *Normas, verdad y lógica*, México, Fontamara, 2001; T. Mazzarese, *Logica deontica e linguaggio giuridico*, cit. Por el contrario, ha refutado la tesis de la no aplicabilidad de la lógica a las normas —fruto de una confusión entre normas y actos productores de normas análoga a la que se produciría si se pretendiera aplicar la lógica a los actos productores de aserciones— L. Gianformaggio, «Sul senso della giustificazione morale e giuridica», en L. Gianformaggio y E. Lecaldano (eds.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Laterza, Roma-Bari, 1986, pp. 151-172; Íd., «Se la logica si applichi alle norme. In cerca del senso di una questione»: *Materiali per una storia della cultura giuridica* XVI, 2 (1986), ahora en *Studi sulla giustificazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 1986, pp. 171-202. Cf. también la crítica a las tesis de Gianformaggio de T. Mazzarese, «Alcune osservazioni su logica e norme»: *Materiali per una storia della cultura giuridica* XVI, 2 (1986), 495-509, así como las intervenciones de A. G. Conte, «Deontico vs. dianoetico», *ibid.*, pp. 489-494 (trad. cast. de C. Alarcón Cabrera, «Deóntico vs. dianoético», en A. G. Conte y C. Alarcón Cabrera, *Deóntica de la validez*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 67-71); E. Pattaro, «Contributo al seminario 'se la logica si applichi alle norme'», *ibid.*, pp. 511-519; y G. Sartor, «Note su 'I fondamenti logici del pensiero normativo'», *ibid.*, pp. 521-539. Por fin, hay que señalar el interesante experimento de extensión de la lógica más allá del ámbito de las expresiones

dotadas de verdad, por medio de la construcción de una lógica de las normas interpretadas en sentido «expresivo», llevado a cabo por C. Dalla Pozza, «Una lógica pragmática per la concezione ‘espressiva’ delle norme», en A. Martino (ed.), *Logica delle norme*, Servizio Editoriale Universitario, Pisa, 1997, pp. 173-204.

14. No está de más precisar desde ya mismo que esta tesis se refiere a la posible existencia (o inexistencia) —conectadas a las diferencias entre niveles normativos que como veremos caracterizan a los ordenamientos complejos— de normas indebidas por ser contrarias a (o a la inversa, debidas en tanto que impuestas por) las que en su momento llamaré ‘normas sustantivas sobre la producción de normas’ (D9.12), como son típicamente las normas constitucionales sobre derechos fundamentales. Esta tesis no impide, como es obvio, la derivabilidad de «normas implícitas», es decir, inferidas lógicamente de normas explícitas o en cualquier caso argumentadas a partir de ellas por medio de la interpretación. Sobre estas normas, obtenidas mediante el razonamiento jurídico, cf. la obra clásica de C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Normative Systems*, [1971], trad. cast. de los autores, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1975 (2.^a reimp. 1993). Cf. además R. Guastini, «Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all’analisi del ragionamento giuridico», en L. Gianformaggio y E. Lecaldano (eds.), *Etica e diritto...*, cit., pp. 173-201; R. A. Caracciolo, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988; E. Bulygin, «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos»: *Doxa* 9 (1991), 257-279.

15. *De uno universi iuris principio et fine uno* [1720], trad. it. [1866], ahora en *Opere giuridiche. Il diritto universale*, Sansoni, Firenze, 1974, lib. I, cap. LXXXIII, p. 100. Poco antes, en el cap. LXXXII titulado «Lo verdadero y lo cierto de las leyes», Vico escribe: «La razón de la ley es la que la hace ser verdadera. Lo verdadero es característica propia y perpetua del derecho necesario. Lo cierto es atributo propio y perpetuo del derecho voluntario [...] De ahí que hayamos elogiado el célebre dicho de Ulpiano, ‘la ley es dura, pero está escrita’, que no significa sino que ‘la ley es cierta’ (tiene la autoridad legal), ‘pero no es del todo verdadera’, por haber alguna razón que no le deja ser del todo conforme a la verdad».

16. He distinguido ‘validez’ y ‘vigencia’ en «La semántica de la teoría del derecho», en *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004, § 6, pp. 65 ss.; *Derecho y razón*, cit., § 26.3, pp. 357-362 y § 58, pp. 868-880; «El derecho como sistema de garantías», cit., pp. 20-22; «Note critiche ed autocritiche intorno alla discussione su ‘Diritto e ragione’», en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino, 1993, §§ 1.2-1.3, pp. 465-477, donde respondo a (y en parte acepto) las críticas a mi distinción que me formularon, en el mismo volumen, Mario Jori, «La cicala e la formica», *ibid.*, pp. 81-91, y Claudio Luzzati, «Sulla giustificazione della pena e sui conflitti normativi», *ibid.*, pp. 141-157. Esta distinción será reformulada de manera más rigurosa —gracias también a esas críticas— en el capítulo IX, donde la validez será distinguida a su vez en las dos figuras de la ‘validez formal’ (D9.18) y la ‘validez sustancial’ (D9.19).

17. Puede expresarse la misma paradoja afirmando que la existencia de antinomias y de lagunas es a la vez el principal defecto y el mayor mérito de los sistemas jurídicos articulados en una pluralidad de niveles normativos, como sucede en el estado constitucional de derecho: el principal defecto, dado que se traduce en un factor de irreducible ilegitimidad jurídica; pero también el mayor mérito, dado que esta posible ilegitimidad del derecho respecto a sí mismo viene determinada por los límites y los vínculos —como son típicamente los derechos

fundamentales— impuestos a todos los poderes normativos por los principios constitucionales y sus garantías. Jurídicamente legítimos *a priori*, por la equivalencia entre vigencia y validez de las normas que producen, son sólo los poderes públicos de los estados absolutos. Sobre la cuestión, remito a *Derecho y razón*, cit., §§ 57.5 y 58, pp. 866-880.

18. Sobre el fundamento necesariamente convencionalista y por lo tanto iuspositivista de todo sistema de garantías impuesto a los poderes normativos, incluido el poder legislativo, remito a mi respuesta (en «Note critique ed autocritiche...», cit., pp. 463-465) a las objeciones iusnaturalistas y ético-cognoscitivistas que me formuló M. A. Cattaneo, «Garantismo penale: giuspositivismo o giusnaturalismo», en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo...*, cit., pp. 199-211.

19. Sobre el conjunto de estas implicaciones, cada una de las cuales será ampliamente desarrollada en el transcurso de la teoría, cf. también: *Derecho y razón*, cit., § 26, pp. 353-367, §§ 37.3 y 37.4, pp. 542-546, §§ 57-58, pp. 855-880; «Note critique ed autocritiche...», cit., §§ 1-3, pp. 460-477; «El derecho como sistema de garantías», cit.

20. Por tanto se podrá afirmar que ‘facultativo’ y ‘vinculado’ siempre son predicables simultáneamente tanto de la comisión como de la omisión de una misma acción; que ‘permitido’, en cambio, puede serlo (cuando lo que está permitido sea facultativo) o no (cuando lo que está permitido esté vinculado, esto es, sea obligatorio o esté prohibido); y finalmente, que ‘prohibido’ y ‘obligatorio’ no lo son nunca (dado que si de una acción está prohibida o es obligatoria la comisión entonces no puede estarlo o serlo también la omisión, y viceversa). Desafortunadamente, mientras que estos usos se corresponden con los del lenguaje ordinario en lo que respecta a las palabras ‘permitido’, ‘prohibido’ y ‘obligatorio’, no puede decirse lo mismo en cuanto a las palabras ‘facultativo’ y ‘vinculado’. ‘Vinculado’, en particular, es un neologismo, que en el lenguaje ordinario alude bastante más a lo que es ‘obligatorio’ que a la disyunción incluyente entre ‘obligatorio’ y ‘prohibido’. Pero no he encontrado un vocablo más apto para designar dicha disyunción. Las mismas reservas merece la palabra ‘imperativo’, que será introducida en el § 2.2 —como ha propuesto A. G. Conte, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti*, Giappichelli, Torino, 1962, p. 4— para designar la modalidad de lo que está vinculado (D2.6), es decir, la suma lógica de obligación y prohibición (T2.9).

21. El hexágono de los modos deónticos ha sido formulado, si bien en términos distintos de los aquí propuestos, por Robert Blanché, que ha distinguido las tres dicotomías de modos contradictorios ‘ordenado’/‘facultativo’, ‘prohibido’/‘permitido’ y ‘regulado’/‘indiferente’ (R. Blanché, «Sur l’opposition des concepts»: *Theoria* 19 [1953], 89-130; Íd., «Opposition et négation»: *Revue philosophique de la France et de l’étranger* 147 [1957], 187-216). Una hédada de modos deónticos es también la adoptada por Amedeo G. Conte, que usa a su vez una terminología diferente, distinguiendo los tres pares ‘obligatorio’/‘facultativo’, ‘prohibido’/‘permitido’ e ‘imperativo’/‘indiferente’ (A. G. Conte, *op. cit.*, pp. 3 ss.).

22. A. G. Conte, *op. cit.*, p. 9. «En rigor», escribe Conte, que llama «facultativo» al permiso negativo, o permitido que no, o permiso de la omisión, «si un comportamiento está sólo permitido o es sólo facultativo, hay laguna: en efecto, en la primera hipótesis está calificada sólo la comisión, pero no la omisión; en la segunda hipótesis, a la inversa, está calificada sólo la omisión, pero no la comisión» (*ibid.*). Más en general, hay una laguna —aunque en un sentido muy distinto de aquel en el que hablaré de ellas en los §§ 3.6 y 10.19 (D10.43

y D10.44)— siempre que no sea posible precisar si las acciones ‘permitidas’ o las ‘vinculadas’ son más específicamente acciones ‘facultativas’, ‘prohibidas’ u ‘obligatorias’.

23. Por consiguiente es posible identificar otras tantas antinomias en las tres relaciones de contradictoriedad y en las tres relaciones de incompatibilidad representadas por nuestro hexágono: entendida aquí por ‘antinomia’ la conjunción entre dos modos deónticos contradictorios (vedada por las tesis T1.4, T1.5 y T1.30) o entre dos modos deónticos incompatibles (vedada por las tesis T1.3, T1.25, T1.33 y T1.34). Tendremos así seis posibles antinomias, correspondientes cada una a la conjunción de dos modos o bien alternativos o bien incompatibles: las tres *antinomias de contradictoriedad* ‘permitido que’/‘prohibido’, ‘permitido que no’/‘obligatorio’ y ‘facultativo’/‘vinculado’, y las tres *antinomias de incompatibilidad* ‘facultativo’/‘prohibido’, ‘facultativo’/‘obligatorio’ y ‘prohibido’/‘obligatorio’. Sin embargo, como sabemos, ‘permitido que’, ‘permitido que no’ y ‘vinculado’ no son categorías tipológicas autónomas, sino sumas lógicas inclusivas de los otros tres modos deónticos y reducibles a cada uno de éstos (T1.39, T1.40 y T1.41). Se sigue de ello que en un sistema deóntico completo los tipos de antinomia se reducen a las tres antinomias de incompatibilidad. A la inversa, en un sistema deóntico incompleto, esto es, caracterizado por la existencia de lagunas en el sentido indicado en la nota precedente, también podrá haber antinomias de contradictoriedad (o de alternativa). En todos los casos —como se ha dicho en el § 1.3—, en un sistema nomodinámico o de derecho positivo las antinomias, al igual que las lagunas, no se resuelven simplemente sobre la base de la lógica. Existen de hecho, aun ilegítimamente, en el universo empírico del derecho positivo, tanto como existen (o no existen) las normas jurídicas respecto a las cuales se dan. Como tales, sólo pueden ser resueltas por la ciencia jurídica gracias a otras normas y, en concreto, gracias a meta-normas —sobre la interpretación, sobre la derogación y sobre la invalidación— suministradas por el propio derecho positivo.

24. ‘Comportamiento’, como se ha dicho en los Preliminares, se entiende aquí en un sentido bastante lato: como la clase de las acciones externas que constituyen el tema de modalidades deónticas (P2) y pueden adscribirse a un sujeto (P4), incluidas todas aquellas que son causa de efectos (P10, P12). Sobre la noción de «comportamiento» en el derecho, cf. el amplio ensayo de A. Falzea, «Comportamento», en *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*. II. *Dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 607-715.

25. La interpretación de las dos fórmulas mencionadas, la una como modelo del «estado liberal» y la otra como modelo del «estado socialista», fue adelantada por W. Sombart, *Deutscher Sozialismus* [1934], trad. it., *Il socialismo tedesco*, Vallecchi, Firenze, 1941, pp. 83 ss. Fue recogida además, con diversas cautelas, por N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, ahora en *Teoría general del derecho*, cit., parte I, § 33, pp. 99-102.

26. Ni siquiera podría reconocerse a las dos tesis alguna capacidad explicativa como expresión de dos diferentes técnicas de legislación o normación: la primera, de una técnica que hiciese uso exclusivamente (o principalmente) de normas imperativas (esto es, que imponen deberes o prohibiciones); la segunda, de una técnica que hiciese uso exclusivamente (o principalmente) de normas permisivas (o sea, que confieren facultades). Ésa es, por ejemplo, la interpretación propuesta por Norberto Bobbio, según el cual los dos modelos de lo (principalmente) facultativo y de lo (principalmente) vinculado corresponden *grosso modo* a la esfera del «derecho privado» y a la del «derecho público»: «En la esfera de la reglamentación de la autonomía privada vale el postulado de que todo está

permitido excepto aquello que está prohibido, mientras que en la esfera de la reglamentación de los órganos públicos vale el postulado opuesto, o sea, todo está prohibido excepto aquello que está expresamente permitido» (N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, ahora en *Teoría general del derecho*, cit., parte I, § 33, p. 102). Propone una tesis semejante G. H. von Wright, *Norm and Action. A Logical Inquiry* [1963], trad. cast. de P. García Ferrero, *Norma y acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid, 1970, cap. X, 4, pp. 198-199, donde la tesis según la cual está permitido todo lo que no está prohibido se asocia a las llamadas «normas de primer orden», mientras que la tesis opuesta, según la cual está prohibido todo lo que no está permitido, se asocia a las llamadas «normas de orden superior, es decir, a las normas que regulan la actividad normativa». En mi opinión, tampoco estas interpretaciones se sostienen. Excluido en efecto que una técnica de normación pueda hacer uso exclusivamente de normas permisivas —lo que supondría la existencia pre-normativa y por así decir «natural» de obligaciones y prohibiciones y, sencillamente, el carácter exhaustivo de la distinción entre acciones obligatorias y acciones prohibidas antes de la intervención normativa—, una interpretación semejante pasa por alto el hecho de que el «permiso», tanto en la esfera del derecho privado como en la del derecho público, allí donde su tema o contenido sean actos jurídicos, no se corresponde con la figura de lo «meramente facultativo» o de la mera facultad, sino —como mostraré en la tercera parte—, con la del «poder», ya se trate de «derechos subjetivos» privados, ya de «funciones públicas».

27. Una formulación teórica de un postulado semejante puede encontrarse en la teoría de Donato Donati de la «norma general excluyente», en virtud de la cual son libres todos los comportamientos no expresamente vinculados por la ley (D. Donati, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Società Editrice Libreria, Milano, 1910, pp. 35 ss., 136 ss., 221 ss.). Se trata, en sustancia, de una formulación elemental del *principio de legalidad*, esto es, del principio de que sólo la ley puede establecer obligaciones o prohibiciones.

28. La calificación de la familia como «sociedad natural» y el papel doméstico de la mujer se encuentran afirmados incluso en la Constitución italiana, que en el artículo 29 declara que «la República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural fundada en el matrimonio» (lo que constituye una suerte de *contradictio in adiecto*) y en el artículo 37 exige que «las condiciones de trabajo» de la mujer «deben permitir el cumplimiento de su esencial función familiar». Volveré sobre la cuestión en el § 14.16.

29. Sobre la naturaleza de estos poderes, que he llamado «poderes salvajes», remito a *Derecho y razón*, cit., § 62, pp. 931-940 y a «Garantismo e poteri selvaggi» [1998], trad. cast. de A. Julio y G. Pisarello, «Garantismo y poderes salvajes», en L. Ferrajoli, *El garantismo y la filosofía del derecho*, cit., pp. 120-154.

30. Th. Hobbes, *Leviatán*, cit.: «En cuanto a otras libertades, dependerán del silencio de la ley. En aquellos casos en los que el soberano no ha prescrito ninguna regla, el súbdito tendrá la libertad de hacer o de omitir, según su propia discreción» (cap. XXI, § 18, p. 180); «Se entiende por LIBERTAD, según el más propio significado de la palabra, la ausencia de impedimentos externos» (*ibid.*, cap. XIV, 2, p. 110). Véase también, *infra*, la nota 20 del capítulo II.

31. He formulado la distinción entre estos tres conceptos y niveles de libertad en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2009, III, 3, pp. 300-314 y en «Tre concetti di libertà»: *Democrazia e diritto* (2001), 169-185. La distinción será desarrollada aquí en los §§ 2.4, 11.6, 15.1 y 15.10.

II

LAS MODALIDADES Y LAS EXPECTATIVAS DEÓNTICAS

2.1. *Las modalidades y las expectativas como relaciones deónticas de «poder ser»*

Hasta ahora he tratado los modos deónticos como propiedades de los comportamientos, en concreto de su comisión o de su omisión. No obstante las figuras deónticas aparecen también en contextos sintácticos diferentes: no ya como predicados monádicos que designan propiedades, como en la frase «*x* (por ejemplo, la expresión del pensamiento) está permitida», sino como predicados diádicos que designan las relaciones que mantienen con los comportamientos calificados deónticamente, como en la frase «*y* (por ejemplo, la libertad de imprenta) es *el* permiso de *x* (esto es, de imprimir)»; con otras palabras, no para denotar lo ‘permitido’ (un comportamiento), sino lo que llamaré el ‘permiso’, no el comportamiento ‘facultativo’, sino la ‘facultad’, no lo ‘prohibido’, sino la ‘prohibición’, no el comportamiento ‘obligatorio’, sino la ‘obligación’; en definitiva, no lo que está calificado deónticamente, sino su figura de calificación deóntica. Se dirá en estos casos que existe (para Ticio, o que Ticio tiene) el permiso o el no permiso *de* realizar o *de no* realizar una determinada acción; o que existe (o que Ticio tiene) la facultad, o la prohibición o la obligación *de* un determinado comportamiento; o bien —cuando se trate de las específicas figuras deónticas que llamaré ‘situaciones’ en el capítulo VI— que existe (o que Ticio tiene) el poder, el deber o el derecho *de* realizar un determinado ‘acto jurídico’. Y se dirá, correlativamente, que un cierto comportamiento (facultativo, obligatorio o prohibido) es ‘actuación’ (esto es, ejercicio, obediencia o desobediencia) *de* una determinada figura deóntica (que será una facultad, una obligación o una prohibición), o bien *de* una determinada situación jurídica (por ejemplo, de un poder, de un deber o de un derecho subjetivo).

Este capítulo está dedicado al análisis de las figuras deónticas en los sentidos y en los contextos diádicos que acabo de indicar. Denominaré dichas figuras con el término primitivo ‘*modalidades deónticas*’ o, de

modo más breve, ‘*modalidades*’, y las acciones que califican con el término primitivo ‘*comportamientos*’. Procederé después a definir y analizar seis tipos de modalidades —el *permiso positivo*, el *permiso negativo*, la *facultad*, la *obligación*, la *prohibición* y el *imperativo*—, que corresponden a los seis tipos de modos deónticos distinguidos en el capítulo anterior. A continuación identificaré, en correlación con las obligaciones y las prohibiciones, la existencia de las que llamaré *expectativas positivas* y *expectativas negativas*. Finalmente analizaré, sobre la base de sus posibles *actuaciones*, las condiciones de *efectividad* y de *inefectividad* tanto de las modalidades como de las expectativas.

Introduzco los conceptos de ‘comportamiento’ y de ‘modalidad’ con el postulado P2, que enuncia la tesis elemental según la cual todo comportamiento es calificable deónticamente sobre la base de alguna modalidad:

P2 *Todo comportamiento supone la existencia de una modalidad por la que está calificado deónticamente*¹.

$(x)(\text{COM}x \rightarrow (\exists y)\text{MOD}yx)$

De ello deriva, por el axioma A3.1 sobre la disyunción, que de todo comportamiento es calificable deónticamente tanto la comisión como la omisión sobre la base de alguna modalidad o de la que, en virtud del postulado P3 que introduciré en el § 2.3, es la expectativa correlativa:

T2.1 $(x)(\text{COM}x \rightarrow (\exists y)(\text{MOD}yx \vee \text{MOD}y\perp x \vee \text{ASP}yx \vee \text{ASP}y\perp x))$ P2

Podemos llamar al postulado P2 *principio de plenitud deóntica*. Con arreglo al mismo y a su corolario T2.1, dado un comportamiento existe siempre una modalidad y/o una expectativa por las que está calificado deónticamente.

En cambio no es verdadera la tesis opuesta: dada una modalidad o una expectativa, no siempre existe (o acontece) el comportamiento calificado por ellas. El rasgo distintivo de las figuras de calificación deóntica —compartido, como se verá, por las reglas deónticas, las situaciones y las normas jurídicas— es que, a diferencia de los estatus y de las reglas constitutivas, que son figuras de calificación óntica, implican no la existencia, sino sólo la posibilidad de la existencia de aquello que califican: no su ser (o acontecer), sino su *poder ser* (o poder acontecer); no, como diré más adelante, su efectividad, sino la posibilidad tanto de su efectividad como de su ineffectividad. Es todo lo que puede deducirse del postulado PM: por un lado, la equivalencia en el plano extensional entre las modalidades y las expectativas deónticas y, por el otro, la posibilidad y la contingencia tanto de la comisión como de la omisión de lo que constituye su tema (T2.2).

$$\text{T2.2 } (y)((\text{MOD}_y \vee \text{ASPy}) \equiv \text{M}(\exists x)(\text{MOD}_{yx} \vee \text{MOD}_y \perp x \vee \text{ASPyx} \vee \text{ASPy} \perp x)) \quad \text{PM}$$

Hemos identificado así la estructura de los fenómenos deónticos en la *posibilidad* de que se produzcan los comportamientos que constituyen el tema de las modalidades y de las expectativas. La tesis T2.2 asocia en efecto a estas figuras de calificación, que como se dirá más adelante con el postulado P6 son significados prescriptivos, lo que Hans Kelsen llama el nexo de «deber ser» (*sollen*) entre el antecedente y el consecuente de la implicación instituida por una norma jurídica². Este nexo, al que parafraseando el *sollen* kelseniano podemos denominar de «poder ser» (*dürfen*), resulta así configurado como una simple relación lógico-modal, interpretable como deóntica en la medida en que es expresada por conceptos deónticos³. Se trata de la relación que expresa el carácter intrínseco de la fenomenología deóntica: el posible acontecer pero también el posible no acontecer de aquello que es calificado por las modalidades y las expectativas y por tanto, como veremos, el que pueda ser observado pero también el que pueda ser violado. En suma, en virtud de nuestros postulados los sistemas normativos, y en particular el derecho, no son mundos deónticamente perfectos, en los que acontece aquello que debe acontecer y no acontece lo que no debe acontecer. Nunca son del todo efectivos, admitiendo siempre, además de su potencial efectividad, una potencial y más o menos elevada ineffectividad. También del derecho, precisamente porque es un sistema de prescripciones y no de descripciones, cabe decir de un modo breve que no refleja la realidad, sino que está siempre en potencial contraste con ella.

De ello se sigue un importante corolario: si ‘modalidad’ y ‘expectativa’ implican no el acaecimiento sino sólo la posibilidad de acaecimiento de lo que constituye su tema (T2.2), cuando ese acaecimiento o no acaecimiento sean imposibles no puede hablarse ni de ‘modalidad’ ni de ‘expectativa’ (T2.3).

$$\text{T2.3 } (y)(\neg \text{M}(\exists x)(\text{MOD}_{yx} \vee \text{MOD}_y \perp x \vee \text{ASPyx} \vee \text{ASPy} \perp x) \rightarrow (\neg \text{MOD}_y \cdot \neg \text{ASPy})) \quad \text{T2.2}$$

Esto quiere decir que la imposibilidad material de aquello que es calificado por una modalidad o por una expectativa (por ejemplo, la imposibilidad de ejercer o no ejercer una facultad, o de obedecer una obligación o de no obedecer una prohibición, o de satisfacer o violar las correspondientes expectativas positivas y negativas) hace que se desvanezca su carácter deóntico. En efecto, no tiene sentido predicar la facultad, o la obligación, o la prohibición, o la expectativa de un comportamiento del que sea imposible (o, por el contrario, necesaria) la comisión o la omisión, como por ejemplo «durante diez minutos no debes (o debes) respirar», o «cierra (o no cierras) la ventana (en una habitación desprovista de ventanas)». *Ad impossibilia nemo tenetur*. Posibilidad y obli-

gatoriedad deóntica (*dürfen* y *sollen*) presuponen como condición de sentido la posibilidad material (*können*) tanto de la comisión como de la omisión del comportamiento calificado deónticamente⁴.

Volveré sobre estas tesis en más ocasiones. Aquí me limitaré a observar que expresan la estructura fundamental de cualquier fenómeno deóntico. Por una parte enuncian las *condiciones de sentido* de cualquier prescripción, que consisten precisamente en la posibilidad tanto de su observancia como de su inobservancia. Por otra, expresan la *divergencia deóntica* potencial pero estructural —y como veremos ineliminable— que se da siempre entre deber ser y ser, entre normatividad y efectividad, entre derecho y realidad, que desde el § 2 de la Introducción he identificado a nivel metateórico como el rasgo distintivo de la semántica de la teoría del derecho. Bajo uno y otro aspecto sirven para excluir tanto la falacia normativista de la confusión del ser con el deber ser, como la falacia realista de la confusión de signo opuesto del deber ser con el ser de los comportamientos. El derecho no se identifica meramente con un sistema de prescripciones válidamente producidas. Pero tampoco se identifica simplemente con su concreta aplicación. Comparte ambas dimensiones, la de la normatividad y la de la efectividad, de cuya correspondencia o falta de correspondencia dependen según el caso sus eventuales éxitos o fracasos pragmáticos.

2.2. *El hexágono de las modalidades: permisos positivos, permisos negativos, facultades, prohibiciones, obligaciones, imperativos*

Establecidas con los postulados P2 y PM las relaciones entre comportamientos y modalidades deónticas, defino ahora los seis tipos de modalidades correspondientes a los seis modos deónticos de los que disponemos: el ‘*permiso positivo*’ (o de la comisión), el ‘*permiso negativo*’ (o de la omisión), la ‘*facultad*’, la ‘*prohibición*’, la ‘*obligación*’ y el ‘*imperativo*’:

D2.1 ‘*Permiso positivo*’ es la modalidad de aquello de lo que está permitida la comisión.

$$(y)(x)(\text{PEMyx} \equiv (\text{MODyx} \cdot \text{PERx}))$$

D2.2 ‘*Permiso negativo*’ es la modalidad de aquello de lo que está permitida la omisión.

$$(y)(x)(\text{PEMy}\perp x \equiv (\text{MODyx} \cdot \text{PER}\perp x))$$

D2.3 ‘*Facultad*’ es la modalidad de lo que es facultativo.

$$(y)(x)(\text{FACyx} \equiv (\text{MODyx} \cdot \text{FCOx}))$$

D2.4 'Obligación' es la modalidad de lo que es obligatorio.

$$(y)(x)(\text{OBL}_{yx} \equiv (\text{MOD}_{yx} \cdot \text{OBB}_x))$$

D2.5 'Prohibición' es la modalidad de lo que está prohibido.

$$(y)(x)(\text{DIV}_{yx} \equiv (\text{MOD}_{yx} \cdot \text{VIE}_x))$$

D2.6 'Imperativo' es la modalidad de lo que está vinculado⁵.

$$(y)(x)(\text{IMR}_{yx} \equiv (\text{MOD}_{yx} \cdot \text{VIN}_x))$$

Estas seis definiciones enuncian otras tantas correspondencias biunívocas entre tipos de modalidades y tipos de modos deónticos. La mayor parte de las tesis demostradas a propósito de los modos deónticos pueden por consiguiente transformarse en otras tantas tesis en términos de modalidades. En particular, son demostrables: *a*) las tres equivalencias entre facultad, obligación y prohibición y las conjunciones, respectivamente, de permiso positivo y permiso negativo (T2.4), de permiso positivo y no permiso negativo (T2.5) y de permiso negativo y no permiso positivo (T2.6); *b*) las tres equivalencias entre permiso positivo, permiso negativo e imperativo y las disyunciones, respectivamente, de facultad y obligación (T2.7), de facultad y prohibición (T2.8) y de obligación y prohibición (T2.9); *c*) las incompatibilidades de cada una de las tres figuras de la facultad, la obligación y la prohibición con el producto lógico de las otras dos (T2.10-T2.12), así como del permiso positivo, el permiso negativo y el imperativo, respectivamente, con la prohibición, la obligación y la facultad (T2.13-T2.15). Finalmente, cabe formular dos diferentes distinciones exhaustivas de las modalidades: la correspondiente a la tesis T1.2 entre permisos positivos y permisos negativos (T2.16) y aquella otra, más importante aún y que corresponde a la tesis T1.47, entre facultades, prohibiciones y obligaciones (T2.17).

T2.4 $(y)(x)(\text{FAC}_{yx} \equiv (\text{PEM}_{yx} \cdot \text{PEM}_{y\perp x}))$	D2.1, D2.2, D2.3, D1.1
T2.5 $(y)(x)(\text{OBL}_{yx} \equiv (\text{PEM}_{yx} \cdot \neg \text{PEM}_{y\perp x}))$	D2.1, D2.2, D2.4, D1.3
T2.6 $(y)(x)(\text{DIV}_{yx} \equiv (\text{PEM}_{y\perp x} \cdot \neg \text{PEM}_{yx}))$	D2.1, D2.2, D2.5, D1.2
T2.7 $(y)(x)(\text{PEM}_{yx} \equiv (\text{FAC}_{yx} \vee \text{OBL}_{yx}))$	D2.1, D2.3, D2.4, T1.39
T2.8 $(y)(x)(\text{PEM}_{y\perp x} \equiv (\text{FAC}_{yx} \vee \text{DIV}_{yx}))$	D2.2, D2.3, D2.5, T1.40
T2.9 $(y)(x)(\text{IMR}_{yx} \equiv (\text{OBL}_{yx} \vee \text{DIV}_{yx}))$	D2.6, D2.4, D2.5, T1.41
T2.10 $(y)(x)(\text{FAC}_{yx} \rightarrow (\neg \text{OBL}_{yx} \cdot \neg \text{DIV}_{yx}))$	T2.4, T2.5, T2.6
T2.11 $(y)(x)(\text{OBL}_{yx} \rightarrow (\neg \text{FAC}_{yx} \cdot \neg \text{DIV}_{yx}))$	T2.10, T2.5, T2.6
T2.12 $(y)(x)(\text{DIV}_{yx} \rightarrow (\neg \text{FAC}_{yx} \cdot \neg \text{OBL}_{yx}))$	T2.10, T2.11
T2.13 $(y)(x)(\text{PEM}_{yx} \rightarrow \neg \text{DIV}_{yx})$	T2.7, T2.12
T2.14 $(y)(x)(\text{PEM}_{y\perp x} \rightarrow \neg \text{OBL}_{yx})$	T2.8, T2.11
T2.15 $(y)(x)(\text{IMR}_{yx} \rightarrow \neg \text{FAC}_{yx})$	T2.9, T2.10

T2.16 $(y)(x)(\text{MOD}_{yx} \equiv (\text{PEM}_{yx} \vee \text{PEM}_{y\perp x}))$	D2.1, D2.2, P1
T2.17 $(y)(x)(\text{MOD}_{yx} \equiv (\text{FAC}_{yx} \vee \text{OBL}_{yx} \vee \text{DIV}_{yx}))$	T2.16, T2.7, T2.8

Son por tanto estas tres últimas figuras —la *facultad*, la *obligación* y la *prohibición*— las únicas modalidades deónticas que, al igual que cuanto se vio en el § 1.5 en relación con los modos correspondientes, cabe configurar como categorías tipológicas autónomas, incompatibles entre sí y por consiguiente no reducibles a las otras. En efecto, mientras que el permiso positivo, el permiso negativo y el imperativo equivalen, respectivamente, a la suma lógica de la facultad y la obligación (T2.7), de la facultad y la prohibición (T2.8) y de la obligación y la prohibición (T2.9), pudiendo ser por tanto una u otra de las figuras en cuya suma consisten, la facultad, la obligación y la prohibición están entre sí en relación de exclusión, cada una de ellas como negación de las otras (T2.10, T2.11 y T2.12). De las dos distinciones formuladas por las tesis T2.16 y T2.17, la primera es por tanto una disyunción incluyente que admite la predicabilidad de uno de los términos disyuntos o de ambos; la segunda es en cambio una disyunción excluyente, que admite la predicabilidad de uno y sólo uno de los términos disyuntos y que tiene por tanto el valor de una verdadera clasificación tipológica de las modalidades. Se sigue de ello que cada uno de los seis tipos de modalidades puede ser caracterizado por sustracción dentro del campo general de las modalidades; y que ‘facultad’, ‘obligación’ y ‘prohibición’ lo son además, respectivamente, dentro de los de los permisos positivos, los permisos negativos y los imperativos (T2.18-T2.32)⁶.

T2.18 $(y)(x)(\text{PEM}_{yx} \equiv (\text{MOD}_{yx} \cdot \neg \text{DIV}_{yx}))$	T2.17, T2.7, T2.12
T2.19 $(y)(x)(\text{PEM}_{y\perp x} \equiv (\text{MOD}_{yx} \cdot \neg \text{OBL}_{yx}))$	T2.17, T2.8, T2.11
T2.20 $(y)(x)(\text{IMR}_{yx} \equiv (\text{MOD}_{yx} \cdot \neg \text{FAC}_{yx}))$	T2.17, T2.9, T2.10
T2.21 $(y)(x)(\text{FAC}_{yx} \equiv (\text{MOD}_{yx} \cdot \neg \text{IMR}_{yx}))$	T2.17, T2.20, T2.9
T2.22 $(y)(x)(\text{FAC}_{yx} \equiv (\text{MOD}_{yx} \cdot \neg \text{OBL}_{yx} \cdot \neg \text{DIV}_{yx}))$	T2.21, T2.9
T2.23 $(y)(x)(\text{FAC}_{yx} \equiv (\text{PEM}_{yx} \cdot \neg \text{OBL}_{yx}))$	T2.22, T2.18
T2.24 $(y)(x)(\text{FAC}_{yx} \equiv (\text{PEM}_{y\perp x} \cdot \neg \text{DIV}_{yx}))$	T2.22, T2.19
T2.25 $(y)(x)(\text{OBL}_{yx} \equiv (\text{MOD}_{yx} \cdot \neg \text{PEM}_{y\perp x}))$	T2.19, T2.17, T2.8
T2.26 $(y)(x)(\text{OBL}_{yx} \equiv (\text{MOD}_{yx} \cdot \neg \text{FAC}_{yx} \cdot \neg \text{DIV}_{yx}))$	T2.25, T2.8
T2.27 $(y)(x)(\text{OBL}_{yx} \equiv (\text{PEM}_{yx} \cdot \neg \text{FAC}_{yx}))$	T2.26, T2.18
T2.28 $(y)(x)(\text{OBL}_{yx} \equiv (\text{IMR}_{yx} \cdot \neg \text{DIV}_{yx}))$	T2.26, T2.20
T2.29 $(y)(x)(\text{DIV}_{yx} \equiv (\text{MOD}_{yx} \cdot \neg \text{PEM}_{yx}))$	T2.18, T2.17, T2.7
T2.30 $(y)(x)(\text{DIV}_{yx} \equiv (\text{MOD}_{yx} \cdot \neg \text{FAC}_{yx} \cdot \neg \text{OBL}_{yx}))$	T2.29, T2.7
T2.31 $(y)(x)(\text{DIV}_{yx} \equiv (\text{PEM}_{y\perp x} \cdot \neg \text{FAC}_{yx}))$	T2.30, T2.19
T2.32 $(y)(x)(\text{DIV}_{yx} \equiv (\text{IMR}_{yx} \cdot \neg \text{OBL}_{yx}))$	T2.30, T2.20

Como se dijo en el § 1 de los Preliminares, cada uno de estos términos puede ser usado no sólo para designar una relación en los contextos

diádicos examinados hasta ahora de la forma «y es el permiso (o la facultad, la obligación, la prohibición, o el imperativo) *de x*», sino también para designar una propiedad en contextos monádicos del tipo «y es un permiso (o una facultad, una obligación, una prohibición, o un imperativo)». Los dos tipos de contextos difieren entre sí no sólo por su forma sintáctica, sino también por su extensión semántica: el segundo es en efecto más extenso que el primero, al ser predicado con independencia de la comisión —que también puede no acaecer— del comportamiento que constituye su tema. Podemos hacer explícita esta diferencia por medio de las tesis T2.33-T2.38, según las cuales, y de acuerdo con el postulado PM, decir que «y es una modalidad (esto es, un permiso, una facultad, una obligación, una prohibición o un imperativo)» equivale a decir no que existe, sino sólo que «es posible que llegue a realizarse el comportamiento *x* del que y es modalidad (o permiso, facultad, obligación, prohibición o imperativo)».

T2.33 (y)(MODy \equiv M(\exists x)MODyx)	PM
T2.34 (y)(PEMy \equiv M(\exists x)PEMyx)	PM
T2.35 (y)(FACy \equiv M(\exists x)FACyx)	PM
T2.36 (y)(OBLy \equiv M(\exists x)OBLyx)	PM
T2.37 (y)(DIVy \equiv M(\exists x)DIVyx)	PM
T2.38 (y)(IMRy \equiv M(\exists x)IMRyx)	PM

Todas las definiciones y teoremas formulados en este párrafo pueden reformularse por consiguiente en términos de posibilidad, poniendo así de manifiesto el nexo de «poder ser» instituido, con arreglo a PM, entre las calificaciones deónticas y los comportamientos que califican. Diremos por tanto que ‘facultad’, ‘obligación’ y ‘prohibición’ son las modalidades cuyo tema es la posible existencia o comisión de aquello que es ‘facultativo’ (T2.39), de lo que es ‘obligatorio’ (T2.40) y de lo que está ‘prohibido’ (T2.41); y que ‘modalidad’ es la suma lógica de ‘facultad’, ‘obligación’ y ‘prohibición’, ya se consideren éstas en relación con sus posibles temas (T2.42) o, simplemente, como propiedades o predicados monádicos (T2.43).

T2.39 (y)(FACy \equiv M(\exists x)(MODyx \cdot FCOx))	T2.35, D2.3
T2.40 (y)(OBLy \equiv M(\exists x)(MODyx \cdot OBBx))	T2.36, D2.4
T2.41 (y)(DIVy \equiv M(\exists x)(MODyx \cdot VIEy))	T2.37, D2.5
T2.42 (y)(MODy \equiv M(\exists x)(FACyx \vee OBLyx \vee DIVyx))	T2.33, T2.17
T2.43 (y)(MODy \equiv (FACy \vee OBLy \vee DIVy))	T2.42, T2.35, T2.36, T2.37

Hay además otra clase de consecuencias, no menos importantes en el plano teórico. Todas las modalidades, como muestran las tesis T2.16, T2.4, T2.5 y T2.6, pueden ser expresadas en términos de permisos y/o no permisos de la comisión o de la omisión. De ello se sigue que si una modalidad califica la comisión, entonces califica también la omisión y viceversa (T2.44). Concretamente —y de manera correlativa a las equi-

valencias T1.9, T1.8, T1.28 y T1.29 en términos de ‘obligatorio’, ‘prohibido’, ‘facultativo’ y ‘vinculado’—, se pueden demostrar las equivalencias entre obligación de la comisión y prohibición de la omisión (T2.45), entre prohibición de la comisión y obligación de la omisión (T2.46), así como entre facultad e imperativo de la comisión y, respectivamente, facultad e imperativo de la omisión (T2.47 y T2.48).

T2.44 $(y)(x)(\text{MOD}_{yx} \equiv \text{MOD}_y\perp x)$	T2.16
T2.45 $(y)(x)(\text{OBL}_{yx} \equiv \text{DIV}_y\perp x)$	T2.6, T2.5
T2.46 $(y)(x)(\text{DIV}_{yx} \equiv \text{OBL}_y\perp x)$	T2.5, T2.6
T2.47 $(y)(x)(\text{FAC}_{yx} \equiv \text{FAC}_y\perp x)$	T2.4
T2.48 $(y)(x)(\text{IMR}_{yx} \equiv \text{IMR}_y\perp x)$	T2.9, T2.45, T2.46

Con ello queda confirmado el carácter *contingente* de la comisión y de la omisión de las modalidades, en el que he identificado el rasgo estructural de cualquier fenómeno deóntico: en efecto, decir de algo que es una modalidad, o una obligación, una prohibición, una facultad o un imperativo no nos dice nada acerca de la comisión o de la omisión de los comportamientos que constituyan su tema, sino tan sólo que tanto su comisión como su omisión son posibles (T2.49-T2.53).

T2.49 $(y)(\text{MOD}_y \equiv \text{M}(\exists x)(\text{MOD}_{yx} \cdot \text{MOD}_y\perp x))$	T2.44, PM
T2.50 $(y)(\text{OBL}_y \equiv \text{M}(\exists x)(\text{OBL}_{yx} \cdot \text{DIV}_y\perp x))$	T2.45, PM
T2.51 $(y)(\text{DIV}_y \equiv \text{M}(\exists x)(\text{DIV}_{yx} \cdot \text{DIV}_y\perp x))$	T2.46, PM
T2.52 $(y)(\text{FAC}_y \equiv \text{M}(\exists x)(\text{FAC}_{yx} \cdot \text{FAC}_y\perp x))$	T2.47, PM
T2.53 $(y)(\text{IMR}_y \equiv \text{M}(\exists x)(\text{IMR}_{yx} \cdot \text{IMR}_y\perp x))$	T2.48, PM

Será pues de la concreta comisión y de la concreta omisión de dichos comportamientos de lo que dependerán, como veremos en el § 2.6, la efectividad y la ineffectividad de las facultades y de las obligaciones y la ineffectividad y la efectividad de las prohibiciones.

2.3. *Las expectativas: expectativas positivas y expectativas negativas.* *El cuadrado lógico de las expectativas*

Hasta ahora he hablado de las modalidades y sólo incidentalmente de las expectativas, que he caracterizado igualmente como figuras deónticas que implican no la existencia sino la posibilidad tanto de la existencia como de la inexistencia (o del acaecimiento y el no acaecimiento) de los comportamientos que constituyan su tema.

«Expectativa» es una noción tradicionalmente extraña a la teoría del derecho y no menos extraña para la lógica deóntica y la teoría general de los sistemas normativos. Los juristas suelen considerarla una noción sociológica o, en cualquier caso, extrajurídica⁷. En cambio en esta teoría es formalizada y asumida como concepto primitivo, dotado de un papel central en el análisis de la fenomenología del derecho. Y, como mostra-

ré, puede ser representada tanto en términos de expectativas, esto es, de figuras deónticas *pasivas*, como de facultades, obligaciones y prohibiciones, es decir, de figuras deónticas *activas*.

En particular, este concepto se revelará esencial para alcanzar una definición rigurosa de ‘derecho subjetivo’ y para sortear los escollos de los muchos equívocos y aporías que rodean a esta noción. Se configurarán en efecto como expectativas todos los derechos subjetivos: no sólo los que en el § 10.12 llamaré ‘derechos a’ o ‘positivos’, como los derechos de crédito y los derechos sociales, que consisten en la expectativa positiva de prestaciones, sino también los derechos que llamaré ‘derechos de’ o ‘negativos’, ya sea que consistan en simples expectativas negativas de no lesión (como la libertad personal, la intimidad y el resto de las inmunidades), o que consistan no sólo en las expectativas negativas del no impedimento o perturbación de su ejercicio, sino también en facultades de actuar (como las libertades activas y la propiedad privada). Las expectativas, por otra parte, no lo son necesariamente de prestaciones (comisivas u omisivas) ventajosas para sus titulares. Se definirán por ejemplo como expectativas de sanciones o de anulaciones —por medio de las definiciones D10.36 y D9.32— la responsabilidad por actos ilícitos y la anulabilidad de los actos inválidos. Finalmente, las propias situaciones activas que no son también expectativas sino únicamente modalidades, como las obligaciones y las prohibiciones, tienen siempre como correlato expectativas positivas o negativas sobre ese mismo contenido —esto es, acerca de la obediencia a la obligación y la no desobediencia a la prohibición— correspondientes a otros sujetos.

Precisamente es esta diversidad de los sujetos a los que se imputan las modalidades y las expectativas acerca de un mismo contenido —contemplado por las primeras como comportamiento propio y por las segundas como comportamiento ajeno— lo que proporciona la clave para identificar de manera rigurosa el concepto de expectativa, ya sea positiva o negativa. En efecto, una caracterización adecuada de dicho concepto es la ofrecida por las cuatro correlaciones que podemos establecer entre las cuatro figuras de lo *permitido* identificadas por el cuadrado deóntico de las oposiciones y las correspondientes *expectativas* acerca de sus contenidos: *a*) decir que de un comportamiento está permitida la comisión equivale a decir que no hay expectativa de su omisión; *b*) decir que está permitida su omisión equivale a decir que no hay expectativa de su comisión; *c*) decir que no está permitida su comisión equivale a decir que hay la expectativa de su omisión; *d*) decir que no está permitida su omisión equivale a decir que hay la expectativa de su comisión.

Asumiendo ‘expectativa’ como predicado monádico (o como propiedad) de un comportamiento, tendremos por tanto cuatro relaciones que reproducen —en términos de «esperado» (o, si se prefiere, de «pretendido») — las cuatro figuras del cuadrado de los modos deónticos: las equivalencias de ‘permitido que’ y ‘permitido que no’ respectivamente con ‘no esperado (o no pretendido) que no’ y ‘no esperado que’ y las

de ‘no permitido que’ y ‘no permitido que no’ con ‘esperado que no’ y ‘esperado que’.

- (a) $PERx \equiv \neg ASP\perp x$
- (b) $PER\perp x \equiv \neg ASPx$
- (c) $\neg PERx \equiv ASP\perp x$
- (d) $\neg PER\perp x \equiv ASPx$

Sintácticamente, sin embargo, el término ‘expectativa’ suele usarse (y también aquí se usará preferentemente) no como predicado monádico de comportamientos, sino como predicado diádico de relaciones entre una figura deóntica y un comportamiento: esto es, en contextos del tipo «Ticio tiene derecho (o no tiene derecho)», o «está sujeto (o no está sujeto) a la comisión o a la omisión de un comportamiento ajeno»⁸, que es por otra parte el mismo comportamiento —pongamos por caso, una prestación o una sanción— calificado por la modalidad correspondiente. Por ejemplo: «Ticio tiene derecho al pago de una deuda», o «no tiene derecho a la pensión», o «tiene derecho a no ser privado de la libertad personal» o «está sujeto a la ejecución de la pena por el delito que ha cometido», etcétera.

Son precisamente estos contextos los que ponen de manifiesto la naturaleza de las expectativas —ya sean positivas (o de la comisión) o negativas (o de la omisión)— como posiciones pasivas que corresponden a sujetos distintos de aquellos a los que corresponden las posiciones activas consistentes en las modalidades con el mismo tema. Y a partir de ellas será posible, cuando disponga de los términos ‘sujeto’, ‘sujeto jurídico’ y ‘persona’, elaborar primero la noción de ‘relación deóntica’ y después la de ‘relación jurídica’. Nuestras cuatro relaciones (a), (b), (c) y (d) podrán por tanto ser reformuladas en las siguientes formas diádicas, es decir, en términos de permisos y de expectativas positivas o negativas:

- (a') $PEMy"x \equiv \neg ASPy'\perp x$
- (b') $PEMy"\perp x \equiv \neg ASPy'x$
- (c') $\neg PEMy"x \equiv ASPy'\perp x$
- (d') $\neg PEMy"\perp x \equiv ASPy'x$

Expreso por tanto estas relaciones, equivalentes entre sí, con el postulado P3, que enuncia la correlación biunívoca que existe siempre entre expectativas y modalidades deónticas del mismo tema correspondientes a sujetos distintos⁹:

P3 Si de algo existe la expectativa de la comisión, entonces existe también una modalidad correspondiente en virtud de la cual no está permitida su omisión, y viceversa.

$$(x)((\exists y')ASP_y'x \equiv (\exists y)(MOD_y"x \cdot \neg PER\perp x))$$

Se sigue de ello una correspondencia perfecta entre las cuatro relaciones del cuadrado de las oposiciones expresadas —en términos de permisos y no permisos positivos y negativos— por el postulado P1 y por las tres tesis T1.1, T1.2 y T1.3 y las relaciones que, con arreglo al postulado P3, derivan de ellas en términos de expectativas y no expectativas positivas o negativas. Dada la correlación biunívoca entre expectativas y modalidades de lo no permitido (P3), si de algo existe una expectativa positiva (o de la comisión), de ello mismo no existe la negativa (o de la omisión) (T2.54) y viceversa (T2.55); así que de una misma acción o no existe la expectativa de la comisión o no existe la expectativa de la omisión (T2.56), siendo los dos tipos de expectativas incompatibles entre sí (T2.57), exactamente como lo son los no permisos positivos y los no permisos negativos.

T2.54 $(y)(x)(\text{ASPyx} \rightarrow \neg \text{ASPy}\perp x)$	P1, P3, T2.44
T2.55 $(y)(x)(\text{ASPy}\perp x \rightarrow \neg \text{ASPyx})$	T2.54
T2.56 $(y)(x)(\neg \text{ASPyx} \vee \neg \text{ASPy}\perp x)$	T2.54
T2.57 $(y)(x)\neg (\text{ASPyx} \cdot \text{ASPy}\perp x)$	T2.54

En virtud del postulado PM, por otra parte, el contexto monádico de ‘expectativa’ equivale a la suma lógica de la expectativa positiva y la negativa (T2.58). En concreto, mientras la expectativa positiva se identifica, con arreglo al postulado P3, por la modalidad correlativa del no permiso de la omisión, la expectativa negativa se identifica por la modalidad correlativa del no permiso de la comisión (T2.59).

T2.58 $(y)(\text{ASPy} \equiv M(\exists x)(\text{ASPyx} \vee \text{ASPy}\perp x))$	PM
T2.59 $(x)((\exists y)\text{ASPy}'\perp x \equiv (\exists y'')(MODy''x \cdot \neg \text{PER}x))$	P3, T2.44

Pero la modalidad del no permiso de la omisión, es decir, de lo obligatorio (T1.5), y la del no permiso de la comisión, esto es, de lo prohibido (T1.4), no son sino la obligación (D2.4) y la prohibición (D2.5). Diremos por tanto que la existencia de la expectativa de una comisión o de una omisión es siempre correlativa a la existencia de una obligación o de una prohibición correspondiente; de modo que cada obligación sirve para identificar la correspondiente *expectativa positiva* (y viceversa) y cada prohibición la correspondiente *expectativa negativa* (y viceversa). Concretamente, y dependiendo de que se den o no se den expectativas positivas o expectativas negativas, tendremos cuatro equivalencias teóricas fundamentales, que de nuevo cabe ordenar con arreglo a nuestro cuadrado: entre la existencia de expectativas positivas y la existencia correlativa de obligaciones (T2.60), entre la existencia de expectativas negativas y la existencia correlativa de prohibiciones (T2.61), entre la inexistencia de expectativas positivas y la inexistencia de obligaciones (T2.62) y entre la inexistencia de expectativas negativas y la de las prohibiciones correspondientes (T2.63). Por ejemplo: decir que existe (o

no existe) un crédito equivale a decir que existe (o no existe) una deuda correspondiente; decir que existe (o no existe) una inmunidad —pongamos por caso, el *habeas corpus*— equivale a decir que existe (o no existe) la correspondiente prohibición de su lesión.

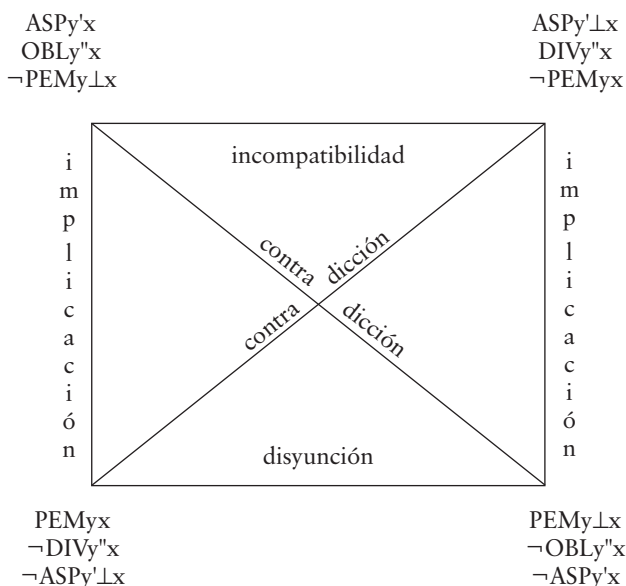
T2.60 $(x)((\exists y')\text{ASPy}'x \equiv (\exists y'')\text{OBLy}''x)$ P3, T1.5, D2.4

T2.61 $(x)((\exists y')\text{ASPy}'\perp x \equiv (\exists y'')\text{DIVy}''x)$ P3, T1.4, D2.5

T2.62 $(x)(\neg(\exists y')\text{ASPy}'x \equiv \neg(\exists y'')\text{OBLy}''x)$ T2.60

T2.63 $(x)(\neg(\exists y')\text{ASPy}'\perp x \equiv \neg(\exists y'')\text{DIVy}''x)$ T2.61

De modo correlativo a las relaciones entre permisos y no permisos (positivos y negativos), también las que se dan entre expectativas y no expectativas (positivas y negativas) pueden por tanto ser representadas por medio de un cuadrado de seis oposiciones: dos de *contradictoriedad* entre expectativas y no expectativas (positivas o negativas); una de *incompatibilidad* entre expectativa positiva y expectativa negativa; una de *disyunción* entre no expectativa negativa y no expectativa positiva; dos de *implicación* entre expectativa positiva y no expectativa negativa y entre expectativa negativa y no expectativa positiva. Tenemos así dos cuadrados deónticos perfectamente isomorfos y conectados y superpuestos entre sí; con la única diferencia de que, con respecto al de los modos deónticos, el cuadrado de las expectativas se representará mejor de forma invertida, dado que, en efecto, su término primitivo es ‘expectativa positiva’, correspondiente al ‘no permitido que no’ del cuadrado de los permisos.



Así pues, dependiendo de que no existan expectativas positivas, o no existan expectativas negativas, o no exista ningún tipo de expectativa, tendremos modalidades consistentes, respectivamente, en permisos negativos (T2.64), en permisos positivos (T2.65) y en facultades (T2.66). También el cuadrado de las expectativas, al igual que el de los modos deónticos, podría por tanto ser desarrollado en un hexágono deóntico, con la adición de la inexistencia (correlativa a la facultad) y la existencia (correlativa al imperativo) de expectativas positivas y/o de expectativas negativas correspondientes a otros sujetos. Diremos en efecto que las facultades conllevan siempre la inexistencia de expectativas de otros, positivas o negativas, acerca de los comportamientos a los que van referidas (T2.67, T2.68); y que los imperativos, por el contrario, implican siempre y siempre son implicados por las correspondientes expectativas positivas o negativas (T2.69). Por ejemplo: dada la libertad de expresión del pensamiento, no existe para nadie la expectativa de que yo exprese o no exprese un determinado pensamiento; por el contrario, dados los imperativos expresados por las reglas del ajedrez, existe la expectativa de que yo mueva una pieza determinada de la forma que ellas establecen y no la mueva de manera diferente.

T2.64	$(x)(\neg(\exists y')ASP_y'x \equiv (y'')(MOD_y''x \rightarrow PEM_y''\perp x))$	T2.62, T2.25
T2.65	$(x)(\neg(\exists y')ASP_y'\perp x \equiv (y'')(MOD_y''x \rightarrow PEM_y''x))$	T2.63, T2.29
T2.66	$(x)(\neg(\exists y')(ASP_y'x \vee ASP_y'\perp x) \equiv (y'')(MOD_y''x \rightarrow FAC_y''x))$	T2.64, T2.65, T2.4
T2.67	$(x)((y'')FAC_y''x \rightarrow \neg(\exists y')(ASP_y'x \vee ASP_y'\perp x))$	T2.66
T2.68	$(x)((y'')FAC_y''x \rightarrow (\neg(\exists y')ASP_y'x \cdot \neg(\exists y')ASP_y'\perp x))$	T2.67
T2.69	$(x)((\exists y')IMR_y''x \equiv (\exists y')(ASP_y'x \vee ASP_y'\perp x))$	T2.9, T2.60, T2.61

Obviamente, el hecho de que las expectativas sean figuras pasivas (no consistentes en, sino) correspondientes a modalidades que recaen sobre otros sujetos no excluye que puedan estar asociadas a modalidades deónticas referidas al mismo sujeto. Por ejemplo, el derecho del propietario de hacer uso de la cosa de su propiedad (modalidad) está asociado al derecho a no verse perturbado en dicho uso por los demás (expectativa); la obligación de resarcir un daño o la prohibición de cometer un delito (modalidad) están asociados a la exposición a sanciones en caso de desobediencia (expectativas); el derecho de crédito (expectativa) está asociado al derecho de acción (modalidad) que permite su justiciabilidad, etc. Modalidades (activas) y expectativas (pasivas) son en efecto, como mostraré en el § 6.8, figuras deónticas por así decirlo *simples* o *atómicas*, que conviven de diversos modos —a veces, como se verá, las primeras como *garantías* de las segundas— en las figuras *complejas* y *moleculares* constituidas por las situaciones jurídicas y en particular por los derechos fundamentales. La modalidad representada por el derecho de acción, por ejemplo, es una garantía (como veremos, ‘secundaria’) de la expectativa positiva constituida por el derecho de crédito que es ac-

cionable gracias a ella; la legítima defensa contra una agresión es una garantía (como veremos, ‘primaria’) de la expectativa negativa consistente en el derecho de inmunidad constituido por la integridad personal.

‘Expectativa’ se entiende aquí en todos los casos, según nuestro postulado P3, como figura deóntica, en el mismo sentido en que lo son las modalidades correlativas. Todas las expectativas, empezando por las jurídicas, son por tanto expectativas deónticas de efectividad. Y ésta es una precisión que resulta necesaria por el hecho de que en el lenguaje común ‘expectativa’ puede ser entendida también en un sentido diferente: en el sentido, sociológico y cognitivo, de previsión de lo que de hecho sucederá (o no sucederá), o mejor, de lo que es verosímil (o inverosímil) que pueda suceder. Se habla en tal caso de «expectativas cognitivas», en contraposición a las «expectativas normativas»¹⁰, que son las aquí llamadas «deónticas». Por otra parte resulta interesante, tanto para la teoría como para la sociología del derecho, la relación que se da entre uno y otro tipo de expectativas cuando van referidas al mismo comportamiento. En una sociedad caracterizada por una elevada tasa de criminalidad, por ejemplo, no dejaré abierta la puerta de casa, dado que, aun teniendo la expectativa jurídico-normativa de que nadie violará mi domicilio, tengo una expectativa cognitiva realista de que de hecho será violado por ladrones. El sentimiento de seguridad jurídica, como veremos a su debido tiempo, se basa precisamente en la (máxima) correspondencia entre expectativas normativas y expectativas cognitivas, asegurada por la existencia de garantías idóneas.

2.4. *Libertad positiva y libertad negativa. Libertades y poderes*

Las tesis T2.61 y T2.68 expresan dos clásicas figuras de la libertad: la «libertad frente a» (*liberty from*) y la «libertad de» (*liberty of*). El primer tipo de libertad, que corresponde a la llamada *libertad negativa*, no es una modalidad deóntica, sino una expectativa negativa, esto es, una libertad por así decirlo *pasiva* definida por la existencia de una modalidad correlativa: de la prohibición de lesiones, restricciones o impedimentos por parte de otros sujetos y por tanto de una limitación de la libertad de estos últimos. El segundo tipo de libertad, que corresponde a la llamada *libertad positiva*, es por el contrario una modalidad y en concreto una facultad, esto es, una libertad *activa* que no se topa con ninguna expectativa ni positiva ni negativa de ningún otro sujeto. La primera es la *libertad-inmunidad* como «no impedimento» o «no constricción»¹¹, asegurada por la prohibición de violarla que recae sobre los demás. La segunda es la *libertad-facultad* como «autodeterminación o autonomía»¹², consistente por tanto en la ausencia de obligaciones o prohibiciones que vinculen su ejercicio. La primera es la definida por Montesquieu como «derecho de hacer todo lo que las leyes permiten»¹³, sin que a los demás se les consienta obstaculizarlo. La segunda es la definida por Rousseau

como «obediencia a la ley que uno se ha prescrito»¹⁴, sin que otros pretendan imponernos la suya.

Aunque gracias a los trabajos de Norberto Bobbio y de Isaiah Berlin se haya convertido en un *topos* clásico de la filosofía política, esta distinción no se formalizará como tal en esta teoría. Y ello por dos razones que pueden hacer que resulte equívoca. La primera razón es que las dos libertades, a pesar de su diferencia de estructura, no se corresponden con categorías tipológicas autónomas y distintas. Distinguiré en su momento entre derechos de inmunidad (D10.23), que son *sólo* (derechos o) libertades negativas (T10.144, T10.155), como por ejemplo la inmunidad frente a las detenciones arbitrarias o a la tortura, de los que llamaré 'derechos activos' (D10.26), que son *también* (derechos o) libertades positivas (T10.162), esto es, consistentes en facultades. Como mostraré, no obstante, también estos derechos activos, al igual que las libertades extrajurídicas de las que he hablado en el § 1.6, son (derechos o) libertades negativas (T10.160). Piénsese en los derechos de autonomía, en la libertad de prensa, en la libertad de reunión, en el derecho de huelga o en las potestades ligadas a la propiedad privada, que consisten siempre no sólo en facultades —y por tanto en libertades positivas—, sino también en expectativas negativas. En estos casos la libertad negativa está conectada en efecto a las facultades como la otra cara de la medalla, consistiendo en la expectativa, garantizada por la prohibición correlativa, de no ser obstaculizados en su ejercicio.

Este nexo se le puede escapar al análisis conceptual cuando las dos libertades no vayan referidas al mismo sistema deóntico. Considérese el ejemplo propuesto por Norberto Bobbio de los dos sentidos en los que puedo hablar de mi libertad religiosa: como libertad negativa de profesar mi religión, «aunque no haya elegido libremente la religión que libremente profeso» porque «vivo en un Estado que reconoce y garantiza la libertad religiosa», y como libertad en tanto que «elección» autónoma de la «religión que profeso», aunque no sea «libre de profesarla porque vivo en un Estado confesional»¹⁵. Está claro que estas dos libertades, como dice Bobbio, son no sólo distintas sino «independientes»¹⁶ entre sí: puedo tener jurídicamente la una pero no tener moralmente la otra, y viceversa. Pero también está claro que esta independencia se debe al hecho de que las dos libertades hacen referencia a sistemas deónticos diferentes: una al derecho, la otra a la moral.

Si hablamos en cambio de las dos libertades en términos homogéneos, refiriendo ambas o al derecho o a la moral, las dos libertades se implican recíprocamente. Si en el país en el que vivo tengo el *derecho* de libertad religiosa en el sentido negativo de no impedimento jurídico, tengo también, con independencia del hecho de que por condicionamientos no jurídicos no elija mi religión, el *derecho* de libertad religiosa en el sentido de autonomía, dado que nada podrá impedirme jurídicamente el ejercicio del derecho de elegir mi religión. Y a la inversa, si tengo el *derecho* de libertad religiosa en el sentido de autonomía, tengo

también, con independencia del hecho de que por condicionamientos culturales o en cualquier caso no jurídicos no la ejerza e incluso sea constreñido —por ejemplo, por mi familia— a no ejercerla, el *derecho* de libertad religiosa como no impedimento obviamente jurídico. Por el contrario, si vivo en un Estado confesional que me niega el *derecho* de libertad religiosa en sentido negativo, no tendré tampoco el *derecho* de libertad religiosa en sentido positivo (y viceversa), dado que me podrá ser impedido, corriendo acaso el riesgo de ser condenado a la hoguera con independencia de mi personal autonomía moral consistente en la valentía de practicar a pesar de todo la religión en la que creo. Lo mismo cabe decir si referimos ambas libertades a un sistema de normas morales. Si no tengo la libertad positiva de autodeterminarme moralmente en materia religiosa es porque percibo una constricción social que cancela mi correspondiente libertad negativa de elegir la religión que profesar o no profesar, y viceversa, con independencia de los derechos que me confieran las leyes. Si por el contrario, en virtud de una ética fundada en la autonomía de la conciencia, tengo libertad religiosa en sentido positivo, esto es, como autodeterminación, tengo también la misma libertad en sentido negativo, hasta el punto de no percibir en mis opciones religiosas ningún condicionamiento moral heterónomo, tampoco jurídico. Por consiguiente la independencia entre las dos libertades sólo vale si nos referimos al mismo tiempo a sistemas deónticos distintos e independientes como son el derecho y la moral. Sólo en tal caso «no es en absoluto redundante», como escribe Bobbio, afirmar (o negar) la una y la otra y «no es en absoluto contradictorio» afirmar la una y negar la otra¹⁷.

Hay además una segunda razón, aún más importante, que desaconseja la formalización de la distinción entre libertades positivas consistentes en facultades y libertades negativas consistentes en inmunidades: el hecho de que estas dos libertades, si no les asociamos otras características y condiciones más específicas, son en sí mismas libertades prejurídicas, ilimitadas e indeterminadas en el estado de naturaleza y por tanto insuficientes por sí solas para identificar los correspondientes y más complejos derechos fundamentales de libertad. Jurídicamente no son sino las libertades que resultan de lo que Hobbes llamó el *silentium legis*¹⁸, hasta el punto de que se convierten en «libertad salvaje»¹⁹ en total ausencia de derecho. Consisten la una en las meras facultades y la otra en las meras inmunidades que resultan no de la presencia sino de la ausencia del derecho positivo y que, por consiguiente, son siempre limitables por éste²⁰. Aparte de que por lo general coincidan, estas dos libertades, o mejor, la libertad de la que representan las dos dimensiones, tiene por lo tanto un carácter excesivamente genérico. Quedan incluidas en ella las tres libertades presentes —como se dijo al final del § 1.6— en los sistemas jurídicos avanzados, que por el contrario, como se verá en su momento, han de mantenerse en los mismos rigurosamente diferenciadas: en primer lugar, las *libertades* por así decirlo *naturales* y extrajurídicas, en el sentido de resultantes de la ausencia de vínculos jurídicos y por tanto

susceptibles de ser limitadas por cualquier acto prescriptivo legítimo; en segundo lugar, las *libertades* que consisten en esos derechos-poder que son los *derechos de autonomía*, supraordenados a las libertades naturales en el sentido de que éstas pueden ser limitadas, directa o indirectamente, por su válido ejercicio; por fin, las *libertades* consistentes en los *derechos de libertad* garantizados constitucionalmente, a su vez supraordenados al ejercicio de los derechos de autonomía, por medio del cual no pueden ser limitados y menos aún suprimidos.

Volveré a ocuparme analíticamente de estas distintas figuras de libertad en más ocasiones (en los §§ 11.6 y 15.1). Pero resulta oportuno subrayar desde ahora que, por lo menos para los fines de la teoría del derecho, «libertad negativa» y «libertad positiva», más que categorías tipológicas autónomas, son dos elementos por así decirlo atómicos —la *expectativa negativa* (o libertad *frente a*) y la *facultad* (o libertad *de*)— que concurren habitualmente en las distintas figuras moleculares de la libertad jurídica, con la única excepción, como se ha dicho, de las libertades sólo negativas que son los derechos de mera inmunidad. Concretamente, la asimetría estructural entre la «libertad frente a» (o «libertad negativa») y la «libertad de» (o «libertad positiva») se puede localizar en el hecho de que la primera, al consistir en la expectativa negativa de la omisión de comportamientos ajenos, implica —como dice la tesis T2.61— la *presencia* de la prohibición (y por consiguiente de la limitación de la libertad) que recae sobre los demás de realizar dichos comportamientos; mientras que la segunda, al consistir sobre todo en una facultad de comportamientos propios, implica —como dice la tesis T2.68— la *ausencia* de expectativas positivas o negativas ajenas en relación con tales comportamientos.

Son rasgos que, como veremos a su debido tiempo, tienen una indudable relevancia para el análisis de los distintos tipos de libertades jurídicas: sobre todo de los ‘derechos subjetivos de inmunidad’, que consisten (sólo) en expectativas negativas (y no también en facultades) (D10.23), en contraposición a los ‘derechos subjetivos activos’, que consisten (también) en facultades (y no sólo en expectativas negativas) (D10.24, D10.25, D10.26); y en segundo lugar, más específicamente, de los ‘derechos fundamentales de libertad’, relevantes sobre todo como libertades negativas gracias a la prohibición constitucional de limitarlas, en contraposición a los ‘derechos fundamentales de autonomía’, relevantes sobre todo, a su vez, como libertades positivas en tanto que derechos-poder aptos para limitar las libertades naturales. Pero todo ello no impide afirmar que estos componentes atómicos son insuficientes por sí solos para basar en ellos una teoría de las libertades jurídicas, que son casi todas (dejando aparte las meras inmunidades) tanto negativas como positivas. Son insuficientes, en particular, para distinguir: *a*) entre libertades y poderes, consistentes las unas y los otros en libertades positivas o facultades; *b*) entre las libertades disponibles ligadas a los derechos reales de propiedad y las indisponibles ligadas a los derechos de libertad;

c) entre los derechos de libertad, que son libertades negativas y positivas cuyo ejercicio no interfiere en las libertades de los demás, y los derechos de autonomía, que son por el contrario libertades consistentes ellas mismas en poderes; d) entre meras libertades positivas y negativas, destinadas a ser limitadas por el ejercicio directo o indirecto de los derechos de autonomía, y aquellas específicas libertades que son los derechos de libertad y que, en el paradigma constitucional, son por el contrario un límite a los poderes en los que consisten los derechos de autonomía. Así pues, el aparato conceptual que se requerirá para construir una teoría de las libertades en el estado constitucional de derecho será bastante más complejo.

2.5. Las actuaciones de las modalidades y de las expectativas: ejercicios, obediencias, desobediencias, satisfacciones y violaciones

Introduzco ahora un nuevo concepto —‘actuación’—, esencial para el análisis de las relaciones que las modalidades y expectativas deónticas mantienen con los comportamientos y, por tanto, de sus condiciones de efectividad e ineffectividad. Entiendo por tal el comportamiento que constituye el tema de una modalidad o de una expectativa:

D2.7 ‘Actuación’ es cualquier comportamiento que constituya el tema de una modalidad deóntica o de una expectativa positiva o negativa.

$$(x)(y)(ATZxy \equiv (COMx \cdot (MODyx \vee ASPyx \vee ASPy\perp x)))$$

De ello se sigue, con arreglo al postulado P2, que todo ‘comportamiento’ es siempre actuación de una modalidad (T2.70) y/o de la expectativa positiva o negativa correspondiente (T2.71) y es por tanto coextenso con ‘actuación’ (T2.72)²¹. Y puesto que ‘modalidad’ es la suma de ‘facultad’, ‘obligación’ y ‘prohibición’ (T2.17), se dirá que todo comportamiento es la actuación de una facultad, una obligación o una prohibición (T2.73) y/o de la expectativa correspondiente (T2.74); y que, a la inversa, toda actuación es el comportamiento que constituye el tema de una facultad, de una obligación o de una prohibición y/o de la expectativa correspondiente (T2.75).

$$T2.70 \quad (x)(COMx \equiv (\exists y)(ATZxy \cdot MODyx)) \quad P2, D2.7$$

$$T2.71 \quad (x)(COMx \equiv (\exists y)(ATZxy \cdot (MODyx \vee ASPyx \vee ASPy\perp x))) \quad P2, D2.7$$

$$T2.72 \quad (x)(COMx \equiv (\exists y)(ATZxy)) \quad T2.70, D2.7$$

$$T2.73 \quad (x)(COMx \equiv (\exists y)(ATZxy \cdot (FACyx \vee OBLyx \vee DIVyx))) \quad T2.70, T2.17$$

$$T2.74 \quad (x)(COMx \equiv (\exists y)(ATZxy \cdot (FACyx \vee OBLyx \vee DIVyx \vee ASPy \vee ASPy\perp x))) \quad T2.71, T2.17$$

$$T2.75 \quad (x)(y)(ATZxy \equiv (COMx \cdot (FACyx \vee OBLyx \vee DIVyx \vee ASPyx \vee ASPy\perp x))) \quad D2.7, T2.17$$

A continuación, convendré en llamar con cinco nombres diferentes estos cinco tipos de actuaciones: en concreto, con ‘*ejercicio*’, ‘*obediencia*’, ‘*desobediencia*’, ‘*satisfacción*’ y ‘*violación*’ denominaré la actuación, respectivamente, de una facultad, de una obligación, de una prohibición, de una expectativa positiva y de una expectativa negativa:

D2.8 ‘*Ejercicio*’ es la actuación de una facultad.

$(x)(y)(\text{ESE}_{xy} \equiv (\text{ATZ}_{xy} \cdot \text{FAC}_{yx}))$

D2.9 ‘*Obediencia*’ es la actuación de una obligación.

$(x)(y)(\text{OTT}_{xy} \equiv (\text{ATZ}_{xy} \cdot \text{OBL}_{yx}))$

D2.10 ‘*Desobediencia*’ es la actuación de una prohibición.

$(x)(y)(\text{INO}_{xy} \equiv (\text{ATZ}_{xy} \cdot \text{DIV}_{yx}))$

D2.11 ‘*Satisfacción*’ es la actuación de una expectativa positiva.

$(x)(y)(\text{SOD}_{xy} \equiv (\text{ATZ}_{xy} \cdot \text{ASPyx}))$

D2.12 ‘*Violación*’ es la actuación de una expectativa negativa.

$(x)(y)(\text{VIO}_{xy} \equiv (\text{ATZ}_{xy} \cdot \text{ASPy}\perp x))$

Al designar cualquier comportamiento que constituya el tema de una modalidad o de una expectativa positiva o negativa, ‘actuación’ es por tanto una figura genérica respecto a las que se acaban de definir. Consiste en efecto, al igual que ‘comportamiento’, en su suma lógica (T2.76-T2.78). En particular, ‘ejercicio’ equivale a ‘comportamiento facultativo’ (T2.79); ‘obediencia’ y ‘satisfacción’ a ‘comportamiento obligatorio’ (T2.80, T2.82)²²; ‘desobediencia’ y ‘violación’ a ‘comportamiento prohibido’ (T2.81, T2.83). De un modo más preciso, ‘ejercicio’ es el comportamiento cuya comisión es actuación de la facultad (T2.84); ‘obediencia’ es el comportamiento cuya comisión es actuación de la obligación y cuya omisión es actuación de la prohibición (T2.85); ‘desobediencia’ es el comportamiento cuya comisión es actuación de la prohibición y cuya omisión es actuación de la obligación (T2.86):

T2.76 $(x)(y)(\text{ATZ}_{xy} \equiv (\text{ESE}_{xy} \vee \text{OTT}_{xy} \vee \text{INO}_{xy} \vee \text{SOD}_{xy} \vee \text{VIO}_{xy}))$

D2.7, D2.8, D2.9, D2.10, D2.11, D2.12, T2.17

T2.77 $(x)(\text{COM}_x \equiv (\exists y)(\text{ESE}_{xy} \vee \text{OTT}_{xy} \vee \text{INO}_{xy}))$

T2.73, D2.8, D2.9, D2.10

T2.78 $(x)(\text{COM}_x \equiv (\exists y)(\text{ESE}_{xy} \vee \text{OTT}_{xy} \vee \text{INO}_{xy} \vee \text{SOD}_{xy} \vee \text{VIO}_{xy}))$

T2.72, T2.76

T2.79 $(x)((\text{COM}_x \cdot \text{FCO}_x) \equiv (\exists y)\text{ESE}_{xy})$

D2.8, D2.3, D2.7, P2

T2.80	$(x)((COMx \cdot OBBx) \equiv (\exists y)OTTxy)$	D2.9, D2.4, D2.7, P2
T2.81	$(x)((COMx \cdot VIEx) \equiv (\exists y)INOxy)$	D2.10, D2.5, D2.7, P2
T2.82	$(x)((COMx \cdot OBBx) \equiv (\exists y)SODxy)$	D2.11, T2.60, D2.4, D2.7, P2
T2.83	$(x)((COMx \cdot VIEx) \equiv (\exists y)VIOxy)$	D2.12, T2.61, D2.5, D2.7, P2
T2.84	$(x)(y)(ESExy \equiv (COMx \cdot ATZxy \cdot FACyx))$	D2.8, T2.72
T2.85	$(x)(y)(OTTxy \equiv (COMx \cdot ATZxy \cdot OBLyx \cdot DIVy\perp x))$	D2.9, T2.45, T2.72
T2.86	$(x)(y)(INOxy \equiv (COMx \cdot ATZxy \cdot DIVyx \cdot OBLy\perp x))$	D2.10, T2.46, T2.72

De ello se derivan dos series de relaciones —unas de incompatibilidad, otras de implicación—, relevantes todas para el desarrollo de la teoría de la efectividad, de las garantías y de las relaciones jurídicas.

En primer lugar, dentro de la esfera de las actuaciones de las modalidades, ‘obediencia’ y ‘desobediencia’ —al igual que ocurre con ‘obligación’ y ‘prohibición’ en la esfera de las modalidades— son figuras incompatibles, en el sentido de que no son predicables ambas de un mismo comportamiento (T2.87, T2.89), ni tampoco cada una de ellas de su comisión y a la vez de su omisión (T2.88, T2.90, T2.91, T2.92). Lo mismo puede decirse de la ‘satisfacción’ y la ‘violación’ en la esfera de las actuaciones de las expectativas (T2.93-T2.98). Finalmente, se puede demostrar que toda actuación es una obediencia si su omisión es una desobediencia (T2.99) y es una desobediencia si su omisión es una obediencia (T2.100); así como, correlativamente, es una satisfacción si su omisión es una violación (T2.101) y es una violación si su omisión es una satisfacción (T2.102):

T2.87	$(x)(y)(OTTxy \rightarrow \neg INOxy)$	T2.80, T2.81, T1.16
T2.88	$(x)(y)(OTTxy \rightarrow \neg OTT\perp xy)$	T2.80, T1.17
T2.89	$(x)(y)(INOxy \rightarrow \neg OTTxy)$	T2.87
T2.90	$(x)(y)(INOxy \rightarrow \neg INO\perp xy)$	T2.81, T1.20
T2.91	$(x)(y)(OTT\perp xy \rightarrow \neg OTTxy)$	T2.88
T2.92	$(x)(y)(INO\perp xy \rightarrow \neg INOxy)$	T2.90
T2.93	$(x)(y)(SODxy \rightarrow \neg VIOxy)$	T2.82, T2.83, T1.16
T2.94	$(x)(y)(SODxy \rightarrow \neg SOD\perp xy)$	T2.82, T1.17
T2.95	$(x)(y)(VIOxy \rightarrow \neg SODxy)$	T2.93
T2.96	$(x)(y)(VIOxy \rightarrow \neg VIO\perp xy)$	T2.83, T1.20
T2.97	$(x)(y)(SOD\perp xy \rightarrow \neg SODxy)$	T2.94
T2.98	$(x)(y)(VIO\perp xy \rightarrow \neg VIOxy)$	T2.96
T2.99	$(x)(y)(ATZxy \rightarrow (INO\perp xy \rightarrow OTTxy))$	D2.9, D2.10, T2.45
T2.100	$(x)(y)(ATZxy \rightarrow (OTT\perp xy \rightarrow INOxy))$	D2.10, D2.9, T2.46
T2.101	$(x)(y)(ATZxy \rightarrow (VIO\perp xy \rightarrow SODxy))$	D2.11, D2.12
T2.102	$(x)(y)(ATZxy \rightarrow (SOD\perp xy \rightarrow VIOxy))$	D2.12, D2.11

En segundo lugar, se pueden derivar relaciones biunívocas entre satisfacciones y violaciones por un lado y obediencias y desobediencias

por el otro, en tanto que temas de expectativas (positivas y negativas) las primeras y de las correspondientes modalidades (de obligación y de prohibición) las segundas. Diremos por tanto que la satisfacción es siempre una obediencia y viceversa (T2.103) y que la violación es siempre una desobediencia y viceversa (T2.104). De un modo más analítico, podríamos enunciar cuatro equivalencias: entre satisfacción de una expectativa positiva y obediencia a la obligación correspondiente (T2.105); entre violación de una expectativa negativa y desobediencia a la prohibición correspondiente (T2.106); entre satisfacción de una expectativa negativa y obediencia a la prohibición correspondiente (T2.107); entre violación de una expectativa positiva y desobediencia a la obligación correspondiente (T2.108). Dicho brevemente: la obediencia es siempre la satisfacción de una expectativa (T2.109), la satisfacción es siempre la obediencia a una obligación (T2.110), la desobediencia es siempre la violación de una expectativa (T2.111) y la violación es siempre la desobediencia a una prohibición (T2.112).

T2.103 $(x)((\exists y')SOD_{xy}' \equiv (\exists y'')OTT_{xy}'')$ D2.11, D2.9, T2.60, T2.17, D2.7

T2.104 $(x)((\exists y')VIO_{xy}' \equiv (\exists y'')INO_{xy}'')$ D2.12, D2.10, T2.61, T2.17, D2.7

T2.105 $(x)((\exists y')(SOD_{xy}' \cdot ASP_{y'x}) \equiv (\exists y'')(OTT_{xy}'' \cdot OBL_{y''x}))$

D2.11, D2.9, T2.103

T2.106 $(x)((\exists y')(VIO_{xy}' \cdot ASP_{y'x}) \equiv (\exists y'')(INO_{xy}'' \cdot DIV_{y''x}))$

D2.12, D2.10, T2.104

T2.107 $(x)((\exists y')(SOD_{x\perp xy}' \cdot ASP_{y'x}) \equiv (\exists y'')(OTT_{x\perp xy}'' \cdot DIV_{y''x}))$

T2.105, T2.46

T2.108 $(x)((\exists y')(VIO_{\perp xy}' \cdot ASP_{y'x}) \equiv (\exists y'')(INO_{\perp xy}'' \cdot OBL_{y''x}))$

T2.106, T2.45

T2.109 $(x)((\exists y')OTT_{xy}' \equiv (\exists y'')(SOD_{y''x} \cdot ASP_{y''x}))$

T2.105, D2.9

T2.110 $(x)((\exists y')SOD_{xy}' \equiv (\exists y'')(OTT_{xy}'' \cdot OBL_{y''x}))$

T2.105, D2.11

T2.111 $(x)((\exists y')INO_{xy}' \equiv (\exists y'')(VIO_{xy}'' \cdot ASP_{y''x}))$

T2.106, D2.10

T2.112 $(x)((\exists y')VIO_{xy}' \equiv (\exists y'')(INO_{xy}'' \cdot DIV_{y''x}))$

T2.106, D2.12

Sobre la base de estas relaciones entre figuras imputadas a sujetos distintos será posible definir —en el próximo capítulo, dedicado a los sujetos— las nociones de ‘relación deóntica’ y ‘garantía deóntica’; y después —en los capítulos VIII y X—, las de ‘relación jurídica’ y ‘garantías jurídicas’. Veremos entonces que, mientras que la satisfacción de las expectativas de un sujeto consiste en la obediencia por parte de otro sujeto (que está en ‘relación deóntica’ con el primero) a las obligaciones y prohibiciones que constituyen las que llamaré sus ‘garantías primarias’, sus violaciones por desobediencia a esas mismas obligaciones y prohibiciones generan, en el derecho positivo, los deberes de repararlas o sancionarlas que constituyen las que llamaré sus ‘garantías secundarias’.

2.6. *La efectividad y la ineffectividad de las modalidades y de las expectativas*

Como se ha dicho, las modalidades y las expectativas deónticas están en una relación no de «ser», sino de «poder ser», con los comportamientos que son su actuación: implican no la existencia efectiva de uno o más de uno de ellos, sino sólo la posibilidad tanto de su existencia como de su inexistencia. Como diremos con el postulado P6, no son sino significados prescriptivos, que expresan no la descripción, sino la prescripción (de la comisión o de la omisión) de los comportamientos calificados por ellas. Eso quiere decir que el efectivo acaecimiento (o no acaecimiento) del comportamiento que es su actuación es un hecho *contingente*: no un rasgo intrínseco de la modalidad o de la expectativa, sino una condición extrínseca o *a posteriori* de las mismas. En ese hecho contingente podemos identificar la condición en presencia o ausencia de la cual se puede afirmar que la modalidad o la expectativa de las que se está hablando son ‘efectivas’ o ‘inefectivas’.

‘Efectividad’ e ‘inefectividad’ son dos categorías centrales de la teoría del derecho y, antes aún, de la de los fenómenos deónticos, dentro de la cual merecen ser definidas. En esta teoría su oposición se configurará como una dicotomía basilar y permanente que atraviesa la estructura interna de todos los sistemas deónticos, en los cuales, como mostraré, toda modalidad y toda expectativa pueden resultar tanto efectivas como ineffectivas (T2.120). La especificidad del derecho respecto a los demás sistemas deónticos reside en el hecho de que, como veremos más adelante, él dispone de un conjunto de ‘*garantías*’ jurídicas —como la previsión de obligaciones o prohibiciones, que llamaré ‘*garantías primarias*’ en el § 10.6, y la sancionabilidad y la anulabilidad de sus desobediencias como actos ilícitos o inválidos, que llamaré ‘*garantías secundarias*’— dirigidas a asegurar la efectividad de las modalidades y las expectativas jurídicas mediante técnicas adecuadas para remover, reparar o prevenir su ineffectividad.

En la literatura teórico-jurídica se usa a menudo, en lugar de ‘efectividad’, el término «eficacia» (y su contrario «ineficacia»): así lo hace Hans Kelsen, que designa con él la «conformidad de la conducta con la norma»²³. Si aquí se ha optado por el término ‘efectividad’, además de por ajustarse a los usos predominantes en la actualidad, es por el hecho de que la palabra ‘eficacia’ se introducirá en el § 5.7 con un significado completamente distinto: para designar, de acuerdo con el uso que los civilistas hacen del término, la relación entre un ‘acto (jurídico)’ y su ‘efecto (jurídico)’, como por ejemplo el nacimiento de derechos y obligaciones como efecto de un contrato o la responsabilidad como efecto de un acto ilícito; lo que, como se verá, es una relación normativa predicable de los actos y no de las modalidades o de las expectativas y totalmente independiente de la situación de hecho de aquello que como efecto del acto efectivamente sucede o no sucede.

Enteramente relativos a esa situación son en cambio los juicios de ‘efectividad’ e ‘inefectividad’ de las modalidades y de las expectativas, que consisten en tesis empíricas de naturaleza asertiva, verificables o falsables por la investigación fáctica encaminada a determinar si se han producido o no los comportamientos que aquéllas califican deónticamente²⁴. A diferencia de lo que ocurre en los usos corrientes, en los que figuran sólo como atributos de las reglas o normas jurídicas para designar respectivamente su observancia o inobservancia, los conceptos de efectividad e ineffectividad se introducen aquí, de un modo más general, como atributos de las ‘modalidades’ y las ‘expectativas’ relativos a su actuación o no actuación (ya sean modalidades o expectativas singulares establecidas por reglas en tanto que efectos de los actos previstos por ellas, o ya sean ellas mismas reglas, esto es, modalidades o expectativas universales en virtud de su carácter general y/o abstracto).

El hecho de que ‘efectividad’ e ‘inefectividad’ sean características extrínsecas y accidentales, que tienen que ver con los hechos empíricos y no con la normatividad de un sistema deóntico, ha llevado a menudo a atribuirles connotaciones no formales de tipo extrajurídico, realista, sustancialista o meramente sociológico. En esta teoría, en cambio, la identificación de las modalidades y las expectativas con la posibilidad tanto de la comisión como de la omisión de los comportamientos calificados por ellas permite formular definiciones de las mismas rigurosamente formales que hacen referencia, precisamente, a lo que sucede de hecho. Permite, dicho de otro modo, formalizar lo que podemos llamar la *concepción semántica de la efectividad*²⁵. A tal efecto habrá que distinguir las facultades, obligaciones y expectativas positivas de las prohibiciones y expectativas negativas: mientras que las primeras, al consistir en (o corresponderse con) permisos positivos, son efectivas si y sólo si se produce su actuación e ineffectivas si no se produce, para las segundas, que son (o se corresponden con) permisos negativos, vale exactamente la tesis contraria. Ello requiere la adopción de dos pares distintos de definiciones: uno para el ámbito de denotación de las facultades, las obligaciones y las expectativas positivas y otro para el de las prohibiciones y las expectativas negativas.

D2.13 *Las facultades, obligaciones y expectativas positivas son ‘efectivas’ si y sólo si tiene lugar su actuación e ‘inefectivas’ en caso contrario.*

$$(y)(M(\exists x)(FACyx \vee OBLyx \vee ASPyx) \rightarrow (ETT_y \equiv (\exists x)ATZxy) \cdot (INE_y \equiv \neg(\exists x)ATZxy)))$$

D2.14 *Las prohibiciones y expectativas negativas son ‘efectivas’ si y sólo si no tiene lugar su actuación e ‘inefectivas’ en caso contrario.*

$$(y)(M(\exists x)(DIVyx \vee ASPy\perp x) \rightarrow (ETT_y \equiv \neg(\exists x)ATZxy) \cdot (INE_y \equiv (\exists x)ATZxy)))$$

Diremos por tanto que la libertad de opinión y la de reunión, por ejemplo, son efectivas si de hecho son ejercitadas, mientras que serán inefectivas si no lo son; que la propiedad privada sobre un bien determinado es efectiva si de hecho es disfrutada o enajenada, mientras que será inefectiva en caso contrario; que una deuda es efectiva, al igual que el crédito correspondiente, si es satisfecha, mientras que será inefectiva en el caso contrario. A la inversa, diremos que una norma penal, por ejemplo la que prohíbe y castiga el hurto, es efectiva —junto con el derecho de propiedad, que es la expectativa negativa correspondiente a ella y de la que es garantía— si no es violada, mientras que será inefectiva, al igual que el derecho de propiedad, cada vez que se cometa un hurto. Y diremos que la libertad personal y los demás derechos de libertad, esto es, la inmunidad frente a detenciones arbitrarias u otras formas de perturbación indebida, son a su vez efectivos, a la vez que las prohibiciones correspondientes a los mismos, si no son violados, es decir, si no tienen lugar tales detenciones o perturbaciones, mientras que serán inefectivos en caso contrario. Así pues, cuando una facultad concorra con una expectativa negativa, como sucede precisamente en el caso de los derechos de libertad y de propiedad, habremos de distinguir dos aspectos de la efectividad y de la inefectividad: diremos que tales derechos son efectivos si son ejercitados (en tanto que facultades) y a la vez no violados (en tanto que expectativas negativas), mientras que serán inefectivos si no son ejercitados o si son violados.

Obsérvese que nuestras dos definiciones tienen la forma sintáctica propia de las que Rudolf Carnap y Carl Gustav Hempel han llamado definiciones «parciales» o «condicionales»²⁶. En cuanto tales, reflejan el carácter «disposicional» de los conceptos que definen, entendiendo por «disposicional» un concepto que denota no una característica intrínseca, sino la disposición —verificable *ex post*— de aquello a lo que vaya referido a presentar determinadas características en presencia de determinadas condiciones: como ocurre, por ejemplo, con los términos «elástico», «magnético», «vasoconstrictor», etc.; y como ocurre también con ‘efectividad’ e ‘inefectividad’, que denotan las posibles características de las modalidades y de las expectativas en presencia o en ausencia de sus actuaciones. El carácter peculiar de las definiciones parciales consiste en el hecho de que no definen por completo los términos disposicionales, sino que determinan su significado sólo parcial y condicionalmente, es decir, en relación con su uso en los contextos que muestran y que, por importantes que sean, no agotan todas sus posibles aplicaciones: como en el caso, precisamente, de ‘efectividad’ e ‘inefectividad’, que son predicados que se aplican además de a las ‘modalidades’ y a las ‘expectativas’ (y en particular a las situaciones jurídicas), también a las ‘reglas’ (y en particular a las normas jurídicas).

El inconveniente más grave de este procedimiento es que trae consigo una parcial indeterminación del significado de los términos así definidos que impide su eliminación a favor de los primitivos. No obstante,

este mismo inconveniente nos autoriza a ir formulando en el curso de la teoría nuevas definiciones parciales de los mismos términos, capaces de especificar su significado en conexión con otros términos teóricos, y por tanto nos permite por un lado usarlos en contextos nuevos y diferentes, así como por otro reduce parcial pero notablemente su indeterminación semántica inicial. Es lo que haré con las nociones de efectividad e ineffectividad, que en el § 4.8 serán completadas en relación con los usos de las mismas que van referidos a las reglas. Las definiciones que aquí se han estipulado valen en efecto sólo para dar cuenta del uso de estos términos respecto a las modalidades y expectativas realizadas por comportamientos singulares y concretos (por ejemplo, «debes cerrar esta puerta y, como cuestión de hecho, la has cerrado o no la has cerrado», «Ticio tiene tal deuda frente a Cayo y, como cuestión de hecho, la ha pagado o no la ha pagado», «Sempronio tiene la expectativa de que Ticio no abra, como por el contrario está haciendo, ventanas que den sobre su fundo»), pero no respecto a las modalidades y expectativas que consisten en reglas, que se refieren no a comportamientos singulares y determinados, sino a clases de comportamientos generales y abstractas (por ejemplo, «cerrar la puerta», «está prohibido fumar» o «está prohibido abrir ventanas que den sobre fundos ajenos»). Respecto a este otro tipo de contextos, nuestras definiciones pasan por alto dos rasgos esenciales de los conceptos de efectividad e ineffectividad: el elemento del *tiempo* y el de la *cantidad* de las actuaciones, esenciales ambos para dar cuenta, en relación no con una, sino con una clase indeterminada de actuaciones o de no actuaciones, del '*grado de efectividad*' y '*de ineffectividad*' de las reglas en periodos de tiempo tal vez normativamente relevantes a los efectos, por ejemplo, de la prescripción, la caducidad, la usucapión, el desuso, etc. La carencia de estas referencias en las definiciones que por ahora se han formulado no mina sin embargo su validez y adecuación explicativa, al menos respecto a los usos, no habituales pero no por ello carentes de importancia, de 'efectividad' e 'ineffectividad' como predicados de las modalidades y de las expectativas singulares. Y será superada en los capítulos IV y VIII con ulteriores definiciones y caracterizaciones parciales (D4.12, D4.13, T8.85-T8.95) en términos de reglas y de normas, que para los nuevos contextos se servirán de nuevos operadores (como los operadores temporales y, por otro lado, los cuantificadores singulares numerados).

Mientras tanto, podemos extraer de nuestras dos definiciones parciales una caracterización general tanto de la efectividad como de la ineffectividad: dada una modalidad o una expectativa, la presencia de ejercicios, obediencias o satisfacciones sirve para señalar su efectividad, mientras que la de desobediencias o violaciones sirve para señalar su ineffectividad.

T2.113 *Las modalidades y las expectativas son efectivas si tiene lugar su ejercicio o su obediencia o su satisfacción e ineffectivas si tiene lugar su desobediencia o su violación.*

$$(y)((\text{MOD}_y \vee \text{ASP}_y) \rightarrow (((\exists x)(\text{ESE}_{xy} \vee \text{OTT}_{xy} \vee \text{SOD}_{xy}) \rightarrow \text{ETT}_y) \vee ((\exists x)(\text{INO}_{xy} \vee \text{VIO}_{xy}) \rightarrow \text{INE}_y)))$$

D2.13, D2.14, D2.8, D2.9, D2.10, D2.11, D2.12, T2.42

Concretamente, una facultad, una obligación y una expectativa positiva son efectivas si se da en el primer caso su ejercicio (T2.114), en el segundo su obediencia (T2.115) y en el tercero su satisfacción (T2.116). Una prohibición y una expectativa negativa son en cambio inefectivas si se da la desobediencia a la una (T2.117) y la violación de la otra (T2.118). Así que es evidente, en estos contextos elementales, la contradictoriedad entre efectividad e inefectividad (T2.119), predicables sólo alternativamente de cualquier modalidad o expectativa (T2.120).

T2.114 (y)(FAC _y → ((∃x)ESE _{xy} → ETT _y))	D2.13, D2.8
T2.115 (y)(OBL _y → ((∃x)OTT _{xy} → ETT _y))	D2.13, D2.9
T2.116 (y)(M(∃x)ASP _{yx} → ((∃x)SOD _{xy} → ETT _y))	D2.13, D2.11
T2.117 (y)(DIV _y → ((∃x)INO _{xy} → INE _y))	D2.14, D2.10
T2.118 (y)(M(∃x)ASP _y ⊥ _x → ((∃x)VIO _{xy} → INE _y))	D2.14, D2.12
T2.119 (y)((MOD _y ∨ ASP _y) → (ETT _y ≡ ¬INE _y))	D2.13, D2.14, T2.42
T2.120 (y)((MOD _y ∨ ASP _y) → (ETT _y ∨ INE _y))	T2.119

Por otra parte, se puede determinar si una modalidad o una expectativa son efectivas o inefectivas a partir del comportamiento que de hecho ha tenido lugar. Se puede demostrar en efecto que, dado un comportamiento cualquiera, su modalidad y su expectativa son efectivas respecto al mismo si éste es ejercicio de una facultad, obediencia a una obligación o satisfacción de una expectativa, mientras que son inefectivas si es desobediencia a una prohibición o violación de una expectativa:

T2.121 Todo comportamiento señala la efectividad de la facultad de la que es ejercicio o de la obligación de la que es obediencia o de la expectativa positiva de la que es satisfacción, así como la inefectividad de la prohibición de la que es desobediencia o de la expectativa negativa de la que es violación.

$$(x)(y)(\text{COM}_x \rightarrow (((\text{ESE}_{xy} \cdot \text{FAC}_{yx}) \vee (\text{OTT}_{xy} \cdot \text{OBL}_{yx}) \vee (\text{SOD}_{xy} \cdot \text{ASP}_{yx})) \rightarrow \text{ETT}_y) \cdot (((\text{INO}_{xy} \cdot \text{DIV}_{yx}) \vee (\text{VIO}_{xy} \cdot \text{ASP}_{y\perp x})) \rightarrow \text{INE}_y)))$$

T2.114, T2.115, T2.116, T2.117, T2.118

Finalmente, es posible establecer dos tipos de correlaciones entre efectividad de las expectativas y efectividad de los imperativos correspondientes. Las expectativas positivas son efectivas si quedan satisfechas por la obediencia a las obligaciones correspondientes (T2.122) y las negativas son inefectivas si son violadas por la desobediencia a las correspondientes prohibiciones (T2.123). A la inversa, las obligaciones son efectivas si son obedecidas, lo que ocurre al satisfacerse las correspondientes expectativas positivas (T2.124), y las prohibiciones son inefectivas si son desobedecidas, lo que ocurre al violarse las correspondientes expectativas negativas (T2.124).

- T2.122 (y')(M(∃x)ASPy'x→((∃x)(∃y'')(SODxy' · OTTxy'' · OBLy''x) →
ETTy')) D2.13, D2.11
- T2.123 (y')(M(∃x)ASPy'⊥x→((∃x)(∃y'')(VIOxy' · INOxy'' · DIVy''x) →
INEy')) D2.14, D2.12
- T2.124 (y')(OBLy'→((∃x)(∃y'')((OTTxy' · SODxy'' · ASPy''x) →
ETTy')) D2.13, D2.9
- T2.125 (y')(DIVy'→((∃x)(∃y'')((INOxy' · VIOxy'' · ASPy''⊥x) → INEy'))
D2.14, D2.10

A partir de estas cuatro tesis se podrán identificar —en el § 3.5 y, más específicamente, en el § 10.16— los distintos tipos de garantías que en los sistemas de derecho positivo respaldan los diferentes tipos de situaciones jurídicas. En particular, las garantías de esas específicas expectativas positivas o negativas que, como veremos en su momento, son los derechos subjetivos, se harán consistir en las obligaciones y prohibiciones que corresponden a las mismas y en las sanciones subsiguientes a su desobediencia. Además, en el § 10.13, en presencia de obligaciones o prohibiciones frente a un sujeto se podrá reconocer como derechos subjetivos a las expectativas positivas o negativas correspondientes a aquéllas. Finalmente, y ya desde el próximo párrafo, será posible caracterizar como *antinomias* y como *lagunas* intrajurídicas, puestas de manifiesto las primeras por el cuadrado de los modos deónticos y las segundas por el correspondiente cuadrado de las expectativas, a los distintos tipos de violaciones y de carencias que se producen en el propio discurso del derecho y en los distintos tipos de garantías adecuadas para eliminarlas o sancionarlas. Es en efecto en las relaciones expresadas por estos dos cuadrados, enunciadas por nuestros postulados P1 y P3 y por el principio de no contradicción, en lo que se harán consistir —como mostraré a continuación— los que en la Introducción he llamado *principia iuris tantum*, externos al derecho y sin embargo, en el estado constitucional de derecho, vinculantes respecto al derecho mismo.

2.7. *Los principios de la deóntica como principia iuris tantum: el principio de no contradicción y el principio de plenitud*

Nuestros cuadrados de las oposiciones lógicas —el de las modalidades y el de las expectativas— muestran las relaciones de contradicción y de contrariedad entre nuestras figuras deónticas, tal y como resultan de sus desobediencias y de sus violaciones, de sus incumplimientos y de sus no satisfacciones. En concreto, el cuadrado de las modalidades pone de manifiesto el principio de no contradicción, cuya violación genera antinomias; el cuadrado de las expectativas pone de manifiesto el principio de plenitud, cuya violación produce lagunas.

Se comprenderá a estas alturas que estos principios —como se ha dicho en el § 1.3—, mientras que en sistemas jurídicos nomoestáticos operan como *principia iuris et in iure* (por más que sean metalingüísticos

respecto al lenguaje jurídico), en los sistemas nomodinámicos operan sólo como *principia iuris tantum*. En el plano teórico es en efecto evidente que si de un comportamiento existe el permiso positivo, entonces no existe su prohibición (T2.126); si existe su permiso negativo, no existe su obligación (T2.127); si existe su facultad, no existe ni su obligación ni su prohibición (T2.128-T2.130). Por otra parte, si existe la expectativa positiva de un comportamiento, existe también su obligación correspondiente (T2.131); así como, si existe su expectativa negativa, existe su prohibición correspondiente (T2.132).

T2.126	$(x)((\exists y')PEMy'x \rightarrow \neg(\exists y'')DIVy''x)$	D2.1, T1.10, T2.5
T2.127	$(x)((\exists y')PEMy'\perp x \rightarrow \neg(\exists y'')OBLy''x)$	D2.2, T1.13, D2.4
T2.128	$(x)((\exists y')FACy'x \rightarrow (\neg(\exists y'')OBLy''x \cdot \neg(\exists y'')DIVy''x))$	T2.4, T2.126, T2.127
T2.129	$(x)((\exists y')FACy'x \rightarrow \neg(\exists y'')OBLy''x)$	T2.128
T2.130	$(x)((\exists y')FACy'x \rightarrow \neg(\exists y'')DIVy''x)$	T2.128
T2.131	$(x)((\exists y')ASPy'x \rightarrow (\exists y'')OBLy''x)$	T2.60
T2.132	$(x)((\exists y')ASPy'\perp x \rightarrow (\exists y'')DIVy''x)$	T2.61

De ello se sigue que no vale que para un mismo comportamiento se den al mismo tiempo el permiso positivo y la prohibición (T2.133), o el permiso negativo y la obligación (T2.134), o la facultad y la prohibición (T2.135), o la facultad y la obligación (T2.136). Del mismo modo, no vale que para un mismo comportamiento se dé la expectativa positiva pero no se dé la obligación correspondiente (T2.137), o se dé la expectativa negativa pero no se dé la prohibición correspondiente (T2.138).

T2.133	$(x)\neg((\exists y')PEMy'x \cdot (\exists y'')DIVy''x)$	T2.126
T2.134	$(x)\neg((\exists y')PEMy'\perp x \cdot (\exists y'')OBLy''x)$	T2.127
T2.135	$(x)\neg((\exists y')FACy'x \cdot (\exists y'')OBLy''x)$	T2.129
T2.136	$(x)\neg((\exists y')FACy'x \cdot (\exists y'')DIVy''x)$	T2.130
T2.137	$(x)\neg((\exists y')ASPy'x \cdot \neg(\exists y'')OBLy''x)$	T2.131
T2.138	$(x)\neg((\exists y')ASPy'\perp x \cdot \neg(\exists y'')DIVy''x)$	T2.132

Ahora bien, es claro que en un sistema nomoestático —como se ha dicho en el § 1.3— estas tesis son analíticas, de carácter asertivo, internas al sistema investigado por más que sean respecto al mismo metateóricas y metalingüísticas, al igual que lo son, por otra parte, los demás principios de la lógica. Por el contrario, en un sistema nomodinámico —en el que la existencia de una figura deóntica, esto es, de las que llamaré en su momento ‘situaciones jurídicas’ y ‘normas jurídicas’, es siempre el producto de un acto jurídico— estas tesis son tesis teóricas que bien puede suceder que resulten desmentidas (o mejor, violadas) en el plano empírico: son tesis ya no descriptivas sino normativas, es decir, *principia iuris tantum*, no internos sino externos al ordenamiento estudiado. Bien puede ocurrir, en efecto, que en un sistema nomodinámico

se den dos normas que respecto a un mismo comportamiento dicten la una la facultad y la otra la obligación: que, por ejemplo, convivan una norma constitucional que enuncia la libertad de manifestar cualquier pensamiento y una ley ordinaria que prohíba manifestar algunos tipos de pensamiento, como por ejemplo los que se considere que constituyen desacato frente al gobierno. Del mismo modo, bien puede suceder que en un sistema de ese tipo existan normas que con respecto a un determinado comportamiento dicten la expectativa positiva o la expectativa negativa, pero no existan las normas que establezcan su obligación y su prohibición correspondientes: que, por ejemplo, exista el derecho a la salud o el derecho a la integridad personal, pero no existan ni instituciones de garantía del primero ni prohibiciones penales en garantía del segundo. En suma, nuestros *principia iuris tantum* pueden perfectamente ser violados, dando lugar a vicios que requieren ser eliminados. Es lo que sucede en los sistemas nomodinámicos cuando su violación afecta no ya a modalidades o expectativas singulares, determinadas unívocamente junto con las expectativas y las modalidades correspondientes, sino a modalidades o expectativas normativas, esto es, expresadas por normas. Como veremos en su momento —en los §§ 8.7, 10.19-10.20, 12.13—, diremos entonces, si no queremos negar la presencia indebida o la indebida ausencia de las normas cuya inexistencia o existencia está implicada por normas superiores, que se da en el primer caso una *antinomia* (D10.43) y en el segundo una *laguna* (D10.44)²⁷.

NOTAS

1. Nótese que nuestro postulado afirma que todos los comportamientos tienen una modalidad, pero no a la inversa. ‘Modalidad’, en efecto, es un término más extenso que ‘comportamiento’ en tres sentidos: en primer lugar porque, como ahora se dirá, la existencia de una modalidad supone no la existencia, sino la posible existencia de lo que constituye su tema; en segundo lugar porque ‘comportamiento’, según la interpretación sumaria que se dio de este término en los Preliminares, designa sólo las acciones humanas empíricamente observables, mientras que ‘modalidad’ también puede tener como tema pensamientos, estados anímicos, sentimientos o estados psíquicos: en suma, todo aquello que, como se dijo en la nota 7 del capítulo precedente, es susceptible de ser permitido o no permitido no sólo jurídica sino también moralmente; en tercer lugar —y sobre todo— porque, como veremos en la parte tercera, las modalidades jurídicas, y en particular las normas sobre la producción de esos específicos comportamientos lingüísticos que son los que llamaré ‘actos formales’ y ‘decisiones’, también pueden tener como tema elementos consistentes no en comportamientos, sino en sus requisitos de forma (D9.1, D9.11) o, por otra parte, en los significados que expresan (D9.7, D9.12).

2. Kelsen, como es sabido, identifica el nexo de «deber ser» —en lugar de hacerlo con la relación de implicación entre ‘modalidad’ y ‘comportamiento’ (o entre ‘expectativa’ o ‘regla deóntica’ y sus correspondientes temas)— con la relación de implicación entre ‘acto’ y ‘efecto’, interpretada por lo demás restrictivamente como relación entre ‘ilícito’ y ‘sanción’ (*Teoría general del Derecho* y

del Estado, UNAM, México, 2.^a reimp. 1979, parte I, I, C, a], 5, pp. 41-43; D, b], pp. 53-55; X, pp. 141-142; Íd., *Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1979, § 4, pp. 18-23, § 17, pp. 89-90 y *passim*). Precisamente porque no toma en cuenta la relación deontica 'modalidad/comportamiento', se ve en efecto obligado a asociar la dimensión deontica de la fenomenología jurídica a la relación de implicación entre 'acto' y 'efecto' y más específicamente entre ilícito y sanción, como su rasgo semántico particular. Como mostraré en el § 5.7, la implicación entre 'acto' y 'efecto', en la que consiste la causalidad jurídica y a la que llamaré 'eficacia' (D5.3), es por el contrario una relación no de «deber ser» (*sollen*) sino de «ser» (*sein*). El nexo de «deber ser» (o mejor, de «poder ser»), en cambio, no es sino el nexo de implicación lógico-modal interpretable como deontico y que existe —como afirma la tesis T2.2— entre las figuras de calificación deontica (ya sean modalidades, expectativas o reglas) y sus correspondientes temas: por tanto, no entre el acto (ilícito) y el efecto (sanción), sino —como se verá a propósito de los actos ilícitos en el § 10.15— entre la modalidad y/o la expectativa producidas inmediatamente por el ilícito como sus efectos (la obligación del juez de imponer la condena a una sanción y la responsabilidad consistente en la expectativa correspondiente) y el acto ulterior que es su actuación y que consiste en la condena a sufrir la sanción. De ello se siguen por un lado el carácter necesario (asertivo) de la relación de causalidad jurídica expresada por la producción como efectos de modalidades deonticas por obra del acto (en este sentido, como dice el propio Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., parte I, I, D, B9, p. 54, «[p]or su misma naturaleza, la norma es inviolable») y, por otro, el carácter contingente (prescriptivo que o que no) de la comisión de las que más adelante llamaré las 'actuaciones' de las modalidades, de cuya realización o no depende su efectividad o ineffectividad.

3. Sobre los diferentes significados, aléticos y deonticos, de las expresiones «poder ser» y «deber ser», véanse las advertencias terminológicas de M. Losano, «Saggio introduttivo» a la versión italiana de H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* [1960], *La dottrina pura del diritto*, trad. it. de M. Losano, Einaudi, Torino, 1966, pp. XCVII-XCVIII. La interpretación como posibilidad deontica de la posibilidad alética expresada por el operador *M* está implícita, por un lado, en la interpretación —llevada a cabo en los Preliminares— de los términos primitivos 'modalidad' y 'expectativa' como «figuras de calificación deontica»; y, por otro, en el uso que se ha hecho de los mismos en los postulados y en particular en P2, P3 y P6. De este modo he introducido el cálculo modal, ausente en mi viejo intento de una *Teoria assiomatizzata del diritto. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1970, e indispensable para la formalización de al menos cuatro clases de conceptos fundamentales: a) las modalidades y las expectativas deonticas y por tanto las situaciones jurídicas (poderes, deberes, derechos, potestades, obligaciones, prohibiciones, libertades y funciones), de las que siempre es posible tanto la actuación como la no actuación; b) las reglas (y las normas) deonticas, de las que igualmente siempre es posible tanto la observancia como la inobservancia; c) los sujetos y las personas, con las figuras conexas de la capacidad jurídica, la capacidad de obrar y la imputabilidad, que designan potencialidades (esto es, la posibilidad de ser titular de situaciones o autor de actos y/o imputado de éstos o de aquéllas); d) las cosas y los bienes, en relación a su disponibilidad o indisponibilidad. En ausencia de esta potenciación del cálculo y del empleo del operador modal *M* («es posible que»), resultaría imposible una axiomatización de la teoría del derecho, por la imposibilidad de dar cuenta del carácter precisamente deontico de los fenómenos jurídicos. Tómese por ejemplo el concepto de 'situación jurídica', definido en *Teoria assiomatizzata...*, cit., cap. II, § 4, p. 80 —mediante

la fórmula $(y)(SITy \equiv (\exists x)(ATTx \cdot MODyx))$ — como «cualquier modalidad de la que *exista* al menos un tema que es un acto jurídico» y no, como se hace en el § 6.1 de este libro, como «cualquier modalidad o expectativa de la que *pueda existir* al menos un tema que es un acto jurídico». Según la primera definición, en cuyo *definiens* no figura el operador de posibilidad, las situaciones vendrían a identificarse no con todas las modalidades (y expectativas) de las que *es posible que exista* (es decir, que tenga lugar) al menos un acto jurídico de actuación, sino únicamente con aquellas de las que *exista* (o sea, tenga lugar) al menos un acto de actuación: esto es, sólo con las situaciones que —de conformidad con las definiciones D2.13 y D2.14, que formularé en el § 2.6— llamaré ‘efectivas’ (si se trata de facultades, de obligaciones o de expectativas positivas) o ‘inefectivas’ (si se trata de prohibiciones o de expectativas negativas).

4. Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, introd. de E. Lledó, trad. cast. y notas de J. Pallí Bonet, Gredos, Madrid, 1985, lib. III, 112b, 33-34, p. 187: «La deliberación versa sobre lo que [el hombre] puede hacer». Recuérdense los dos pasajes de Kelsen citados *supra*, en la nota 16 de la Introducción. Sobre las relaciones entre lógica modal alética y lógica modal deóntica remito a G. H. von Wright, *Lógica deóntica*, Cuadernos Teorema, Valencia, 1979; Íd., *Norma y acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid, 1970, cap. VII, pp. 123 ss. He sostenido la tesis de la incompatibilidad entre modalidades deónticas (o normativas) e imposibilidad o necesidad de su actuación en «Linguaggio assertivo e linguaggio precettivo»: *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* (1967), 526 ss., donde identifiqué la condición de sentido de las proposiciones normativas —como explicaré mejor en la nota 13 del capítulo IV— con la posibilidad tanto de su actuación como de su no actuación. Di después una interpretación específicamente penal de la tesis T2.3 en *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2009, § 35.6, pp. 499-502, donde configuré la «culpabilidad» como «exigibilidad», esto es, como una característica de la relación deóntica expresada por la prohibición penal.

5. Sobre el uso (no muy afortunado) de ‘imperativo’ —tomado de A. G. Conte, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti*, Giappichelli, Torino, 1962, p. 4—, remito a la nota 20 del primer capítulo.

6. Nótese que no existe una perfecta simetría entre las tesis en términos de modos deónticos y las tesis en términos de modalidades. Dado que en las definiciones de ‘facultad’, ‘obligación’ y ‘prohibición’ he tenido que hacer uso del término primitivo ‘modalidad’, las tesis de la contradictoriedad entre ‘obligación’ y ‘permiso negativo’, entre ‘prohibición’ y ‘permiso positivo’ y entre ‘facultad’ e ‘imperativo’ (correspondientes a T1.5, T1.4 y T1.30), así como las de la disyunción entre ‘facultativo’, ‘obligación’ y ‘prohibición’ (correspondientes a T1.47), valen únicamente dentro del ámbito de las modalidades (T2.25 y T2.19, T2.29 y T2.18, T2.21 y T2.20, T2.17).

7. Sostienen abiertamente el carácter «pre-jurídico» o jurídico «en un sentido no pleno» de la noción de «expectativa», por ejemplo, R. Scognamiglio, «Aspettativa di diritto», en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, vol. III, 1958, pp. 226-232; y A. Falzea, «Efficacia giuridica», *ibid.*, vol. XIV, 1965, pp. 480-481. Por lo demás, los estudios más relevantes acerca de las expectativas son de carácter sociológico: cf., sobre todo, N. Luhmann, *Rechtssoziologie* [1972], trad. it. de A. Febbrajo, *Sociologia del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1977, cap. II, pp. 35-157; Íd., *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* [1974], trad. cast. de I. de Otto, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pp. 45-57; Íd., *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie* [1981], trad. it. de R. De Giorgi y M. Silber-

nagl, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1990, pp. 81 ss., 299 ss. Cf. también V. Ferrari, *Lineamenti di sociologia del diritto. I. Azione giuridica e sistema normativo* [1997], trad. cast. de A. Greppi, con prólogo de M.^a J. Fariñas, *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la sociología del derecho*, Dykinson, Madrid, 2000, cap. II, § 6, pp. 92-106. Hay que recordar sin embargo la teoría del derecho como «relación jurídica» de Alessandro Levi, *Teoria generale del diritto*, Cedam, Padova, 1950, en la que tienen sitio la noción de «pretensión» y, aunque sea de un modo marginal, la de «expectativa jurídica», distinguidas con nitidez, no obstante, de la de «derecho subjetivo» (*ibid.*, cap. XIII, § 5, p. 175 y cap. XXVIII, § 1, pp. 414-416). Recuérdese además el artículo de Bruno Leoni, «Obbligo e pretesa nella dogmatica, nella teoria generale e nella filosofia del diritto», en *Studi in onore di Emilio Betti*, I, Giuffrè, Milano, 1963, pp. 543-567. Precisamente Emilio Betti, por fin, habla de «expectativa de prestación», «expectativa de satisfacción» y «expectativa de cumplimiento» en *Teoria generale delle obbligazioni* [4 vols., 1953-1955], trad. cast. de J. L. de los Mozos, *Teoría general de las obligaciones*, 2 vols., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969-1970, vol. I, pp. 243, 279-280, 298 y 365.

8. Por eso no he considerado necesario introducir, junto a la figura diádica «expectativa», una figura deóntica monádica como «esperado» o «pretendido (que o que no)», correlativa al modo monádico de lo «no permitido (que no o que)». A diferencia de «permitido», «prohibido», «obligatorio» y «facultativo» —esenciales para el desarrollo de la teoría—, los términos «esperado» o «pretendido» no son en absoluto necesarios y sólo supondrían una inútil complicación de nuestro vocabulario.

9. A pesar de esta correlación biunívoca, expresada por el signo de equivalencia entre ‘expectativa de que’ y ‘modalidad de lo no permitido que no’, ‘expectativa’ no es un término definido y el postulado P3 no es una definición. Ello depende del hecho de que la variable de la que es predicado ‘expectativa’ está cuantificada existencialmente en el *definiendum* y no aparece en lo que debería ser su *definiens*, el cual, por consiguiente, no puede reemplazar al *definiendum* en todas sus apariciones, empezando por las que se dan en los postulados (P4, P6, P7, P8, P11, P13, P14, P15).

10. Sobre esta distinción, cf. J. Galtung, «Expectations and Interaction Process»: *Inquiry* 2 (1960), 213 ss. Una interpretación de «expectativa» en un sentido sustancialmente cognitivo, como «probabilidad deóntica», la propone B. Bolaños, «La estructura de las expectativas jurídicas», en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 299 ss.

11. N. Bobbio, «Libertà» [1979], trad. cast. de P. Aragón Rincón («Libertad») en N. Bobbio, *Igualdad y libertad*, introd. de G. Peces-Barba, Paidós, Barcelona, 1993, p. 100. De manera similar Isaiah Berlin define la libertad negativa como «el espacio en el que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros»: «Two Concepts of Liberty» [1958], ahora en I. Berlin, *Liberty* (ed. de H. Hardin) [2002], trad. cast. de J. Bayón, A. Rivero, N. Rodríguez y B. Urrutia, *Sobre la libertad*, ed. a cargo de A. Rivero, Alianza, Madrid, 2004, p. 208 (volumen en el que, junto al ensayo ya clásico de 1958, se incluyen todos los demás escritos de Berlin sobre la libertad, un amplio índice analítico por materias y, como apéndice, I. Harris, «Berlin y sus críticos», *ibid.*, pp. 391-408; cf. además M. Ricciardi, «Gli studi italiani su Berlin» en la versión italiana de *Liberty* [2002], *Libertà*, Feltrinelli, Milano, 2005, pp. 376-400).

12. N. Bobbio, *loc. ult. cit.* La distinción ya había sido claramente traza-

da por N. Bobbio, «Della libertà dei moderni comparata a quella dei posteri» [1954], trad. cast. de A. de Cabo y G. Pisarello, «De la libertad de los modernos comparada con la de los posteriores», en N. Bobbio, *Teoría general de la política*, Trotta, Madrid, 32009, cap. V, § 1, pp. 304-309, que recordó su primera formulación en el célebre ensayo de B. Constant, «De la liberté des anciens comparée à celle des modernes» [1819], trad. cast. de M.^a L. Sánchez Mejía, «De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos», en B. Constant, *Escritos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 257-285, en particular pp. 268-269 y 278. Cf. también de N. Bobbio «Autonomía»: *Parole-chiave* 4 (1994), 11-19. La misma distinción fue formulada así por I. Berlin, *op. cit.*, p. 208: «El primero de estos sentidos políticos de la libertad y que siguiendo multitud de precedentes llamaré sentido ‘negativo’, es el que aparece en la respuesta que contesta a la pregunta: ‘¿Cómo es el espacio en el que al sujeto —una persona o un grupo de personas— se le deja o se le ha de dejar que haga o sea lo que esté en su mano hacer o ser, sin la interferencia de otras personas?’». El segundo sentido, que denominaré ‘positivo’, es el que aparece en la respuesta que contesta a la pregunta: ‘¿Qué o quién es la causa de control o interferencia que puede determinar que alguien haga o sea una cosa u otra?’». Sobre la distinción entre las dos libertades véanse también los artículos de G. C. MacCallum Jr., J. N. Gray, C. Taylor, H. Steiner, D. Miller, F. E. Oppenheim y G. A. Cohen, recopilados por I. Carter y M. Ricciardi (eds.), *L’idea di libertà*, Feltrinelli, Milano, 1996, así como la amplia bibliografía que allí se recoge. Por otra parte hay que recordar que una distinción clara entre la libertad dotada de «una significación puramente negativa», es decir, como «libertad de todo vínculo», y la «libertad política» como «autodeterminación del individuo por participación en la creación del orden social» —en suma, entre libertad negativa y libertad positiva— ya había sido formulada por Kelsen (*Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., parte II, IV, B, a), pp. 337-338).

13. Ch. Montesquieu, *De l’esprit des lois* [1748], trad. cast. de M. Blázquez y P. de Vega, *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1972, lib. XI, cap. 3, p. 150: «La libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten, de modo que si un ciudadano pudiera hacer lo que las leyes prohíben, ya no habría libertad, pues los demás tendrían igualmente esta facultad»; *ibid.*, lib. XI, cap. 4: «la libertad política» reaparece cuando «nadie esté obligado a hacer las cosas no preceptuadas por la ley, y a no hacer las permitidas». Sustancialmente idéntica es la definición de D. Diderot, «Liberté civile», voz de la *Encyclopédie des Sciences* (ed. de Livorno) [1773], trad. cast. de R. Soriano y A. Porras, *Artículos políticos de la Enciclopedia*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 118-119: «Esta libertad civil consiste en no poder ser obligado a hacer una cosa que la ley no ordena [...] La libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten». La misma noción (equivaliendo «lo que las leyes permiten» a «lo que no está prohibido por la ley» [T1.10]) es expresada por el artículo 5 de la *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* de 1789, ya recordado en el § 1.6: «Tout ce qui n’est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul peut être contraint à faire ce qu’elle n’ordonne pas [Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a hacer lo que no ordena]».

14. J. J. Rousseau, *Du contrat social* [1762], lib. I, cap. 8, trad. cast. de M. Armiño, *Del contrato social – Discurso sobre las ciencias y las artes – Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, Alianza, Madrid, 1980, pp. 27-28: «la obediencia a la ley que uno se ha prescrito es libertad». Como recuerda Bobbio, «Kant e le due libertà» [1965], trad. cast. de A. Ruiz Miguel, «Kant y las dos libertades», en *Teoría general de la política*,

cit., cap. II, § 1, pp. 113-127, la misma noción aparece en varias ocasiones en Kant: véanse los pasajes kantianos y otras referencias a esta noción de «libertad positiva» en la nota 2 del capítulo XIII.

15. N. Bobbio, «Libertad», en *Igualdad y libertad*, cit., p. 104.

16. *Ibid.*

17. *Ibid.*

18. Véanse los pasajes del *Leviatán* citados en la nota 30 del capítulo I.

19. La expresión es de Kant, «Principios metafísicos de la doctrina del derecho» [1797], parte II, sec. I, § 47, en *La metafísica de las costumbres*, trad. de A. Cortina y J. Conill, estudio preliminar de A. Cortina, Tecnos, Madrid, 1989, p. 146. Sobre esta «libertad salvaje» en el pensamiento anarquista, cf. el ensayo de P. Marconi, *La libertà selvaggia. Stato e punizione nel pensiero libertario*, Marsilio, Venezia, 1979.

20. Th. Hobbes, *Leviatán, o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Alianza, Madrid, 1989, XXVI, § 4, pp. 217-218: «La ley fue traída al mundo nada más que para limitar la libertad particular de los hombres, de tal modo que no se hagan daño unos a otros»; J. Bentham, «Principios del código civil» [1802], parte I, cap. I, en *Tratados de legislación civil y penal*, trad. cast. [de 1821-1822] de R. Salas, ed. a cargo de M. Rodríguez Gil, Editora Nacional, Madrid, 1981, pp. 103-104: «Al crear obligaciones la ley acorta la libertad en la misma proporción, y convierte en delitos algunos actos que sin esto serían permitidos e impunes. La ley crea un delito, o por un mandato positivo o por una prohibición. Los desfalcos o disminuciones de libertad son inevitables; y es imposible crear algunos derechos, imponer algunas obligaciones, proteger la persona, la vida, la reputación, la propiedad, la subsistencia, la libertad misma, sino a costa de la libertad. [...] [Toda ley] ofende a la libertad». Véanse, *supra*, la nota 30 del capítulo I e, *infra*, el § 11.6.

21. El término ‘actuación’ está siempre conectado por una relación biunívoca a ‘comportamiento’ y, por tanto, designa siempre un actuar, un *hacer*. En el léxico jurídico constituye un neologismo. No obstante, hay que señalar que se usa a veces en la literatura jurídica, sobre todo referido a la realización de las obligaciones de hacer; cf., por ejemplo, S. Mazzamuto, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Jovene, Napoli, 1978.

22. En correlación con cuanto se ha dicho en el § 2.3 acerca de ‘expectativa’, también la noción de ‘satisfacción’ prescinde del interés positivo o negativo que pueda tener en ella el sujeto de la expectativa satisfecha. La satisfacción, en efecto, puede consistir no sólo en prestaciones ventajosas para él, sino también en actos que le son desventajosos, como por ejemplo la irrogación de una sanción, que satisface la expectativa con la que identificaré en su momento la responsabilidad.

23. H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., parte I, I, C, ej, p. 46; Íd., *Teoría pura del derecho*, cit., § 4, pp. 17 ss., § 6, pp. 44 ss. y *passim*. ‘Eficacia’ y ‘efectividad’ son usados por Kelsen casi como sinónimos, salvo que suele emplear ‘efectividad’ para referirse, más que a normas aisladas, al conjunto del ordenamiento: en este sentido habla Kelsen de «principio de efectividad» del ordenamiento (*Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., parte I, X, C, pp. 139-140; parte II, II, C, pp. 276-277; *Teoría pura del derecho*, cit., § 34, f], pp. 217-219).

24. Kelsen afirma sin ambages que «la llamada eficacia [es] una cualidad de la conducta real de los hombres y no, como parece sugerirlo el uso lingüístico, del derecho mismo» (*Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., parte I, I, C, p. 46); lo que evidentemente constituye una tesis elíptica, con la que se quiere

decir que la efectividad (o la «eficacia», como dice Kelsen), configurada aquí como un predicado de las modalidades y de las expectativas deónticas (D2.13, D2.14), *depende* de comportamientos efectivos de los hombres y no, desde luego, que es un rasgo de éstos.

25. La expresión «concepción semántica de la efectividad» ha sido sugerida —con referencia evidente a la concepción semántica de la verdad de Alfred Tarski— por P. Di Lucia, «Agire secondo una norma, agire per una norma, agire in funzione di una norma», en P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 38 ss.; P. Di Lucia, *Normatività. Diritto, linguaggio, azione*, Giappichelli, Torino, 2003, cap. IX, pp. 188 ss. Esta concepción expresa de manera eficaz la correspondencia entre deber ser y ser que está en la base del juicio de efectividad. Diremos en efecto, con arreglo a las definiciones D2.13 y D2.14, que una modalidad (o una expectativa) y es ‘efectiva’ (o ‘inefectiva’) cuando tiene lugar su tema *x*. Una óptima formulación de esta concepción de la eficacia como «correspondencia» ha sido desarrollada por P. E. Navarro, *La eficacia del Derecho. Una investigación sobre la existencia y funcionamiento de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990. Cf. también J. J. Moreso y P. E. Navarro, «Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas»: *Isonomía* 5 (1996), 119-139, que ofrecen una formulación emblemática de tal concepción, presentando la «eficacia» de una norma N respecto a una acción A como la «relación de correspondencia R entre N y A» (p. 120).

26. Sobre los términos disposicionales y el problema de su definición, remito a R. Carnap, «Logical Foundations of the Unity of Science» [1938], trad. it. de O. Peduzzi en *Neopositivismo e unità della scienza*, Bompiani, Milano, 1958, pp. 84-89; y a C. G. Hempel, *Fundamentos de la formación de conceptos en ciencia empírica*, Alianza, Madrid, 1988, § 6, pp. 40-48; Íd., «El dilema del teórico: un estudio sobre la lógica de la construcción de teorías», en C. G. Hempel, *La explicación científica: Estudios sobre la filosofía de la ciencia*, Paidós, Buenos Aires, 1979, § 6, pp. 191-193.

27. Sobre esta cuestión, relevante sobre todo para el análisis de la relación entre derechos fundamentales —expresados sin la menor duda por las que llamaré más adelante ‘normas tético-deónticas’ (D8.3, T11.20)— y garantías, remito a mis textos (incluidos en L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2009) «Derechos fundamentales», § 6, pp. 45-52 y, especialmente, «Los derechos fundamentales en la teoría del derecho», § 6, pp. 180-196.

III

LOS SUJETOS, LOS ESTATOS Y LAS COSAS

3.1. *Los sujetos como centros de imputación de comportamientos, modalidades, expectativas e intereses*

El tercer asunto del que se ocupa la deóntica, tras los comportamientos y sus modalidades y expectativas, es el de los ‘sujetos’. Los postulados P4 y P5 nos ofrecen dos tipos de caracterizaciones de los sujetos.

Según la caracterización que nos brinda el postulado P4, es un ‘*sujeto*’ cualquier individuo al que quepa adscribir comportamientos, modalidades, expectativas o intereses. Todas estas figuras, según este postulado, suponen siempre la existencia de un sujeto al que van referidas.

P4 Para todo comportamiento, toda modalidad, toda expectativa y todo interés hay alguien que es su sujeto.

$(x)((\text{COM}x \vee \text{MOD}x \vee \text{ASP}x \vee \text{INT}x) \rightarrow (\exists z)\text{SOG}zx)$

Esta tesis deja relativamente indeterminadas las características empíricas y por tanto el significado extensional del concepto de ‘sujeto’. Con arreglo a la misma, ‘*sujeto*’ tiene ciertamente una extensión mayor que la de ‘ser humano’, esto es, que la de la clase formada por los hombres y las mujeres, y mayor también que la de ‘persona’, que como veremos en el capítulo VII corresponde a un estatus jurídico específico asociado a algunos sujetos por el derecho positivo. Por ejemplo, en los sistemas jurídicos existen sujetos e incluso personas que no son seres humanos, como los entes a los que se reconoce como personas jurídicas, y por otro lado sujetos que no son personas, como las asociaciones no reconocidas, las sociedades civiles sin personalidad y los órganos de personas jurídicas que, aun careciendo de personalidad, están dotados sin embargo de subjetividad jurídica como posibles titulares de derechos, obligaciones o funciones. Aunque en los ordenamientos modernos, basados en el principio de igualdad, todos los seres humanos sean no sólo sujetos sino

también personas, es perfectamente posible, por otra parte, que existan ordenamientos —como los que en el pasado admitían la esclavitud— en los que algunos de ellos no sean sujetos, sino objeto de los derechos de otros. Y a la inversa, también han existido ordenamientos en los que se ha entendido que a entidades físicas no humanas les eran imputables modalidades o expectativas, concibiéndolas por consiguiente no como cosas sino como sujetos: piénsese en los procesos seguidos en ordenamientos mágicos y primitivos contra animales, cadáveres o incluso contra objetos inanimados, a los que se imputaba responsabilidad penal¹.

El postulado P4 enuncia no obstante una tesis de extrema importancia: cuando nos encontramos frente a un comportamiento, una modalidad, una expectativa o un interés, presuponemos la existencia de algo que es su sujeto. Podemos descomponer esta afirmación en tres pares de tesis. El primero es el principio trivial de que cualquier comportamiento es siempre atribuible a un sujeto (T3.1); y por consiguiente, si no existe ningún sujeto al que quepa adscribir el fenómeno, estaremos en presencia no de un comportamiento (T3.2) —y menos aún de ese tipo específico de comportamientos a los que llamaré en su momento ‘actos jurídicos’ (D5.2)— sino de un simple «evento» o «hecho natural». El segundo par de tesis afirma que igualmente las modalidades y las expectativas deónticas pertenecen siempre a algún sujeto (T3.3), en ausencia del cual no tiene sentido hablar de ellas (T3.4) y menos aún de esas específicas modalidades o expectativas que llamaré en su momento ‘situaciones jurídicas’ (D6.1). El tercero establece por fin que también los intereses se refieren a un sujeto (T3.5), en el sentido de que no existen intereses impersonales u «objetivos» (T3.6).

T3.1 $(x)(\text{COM}x \rightarrow (\exists z)\text{SOG}zx)$	P4
T3.2 $(x)(\neg(\exists z)\text{SOG}zx \rightarrow \neg\text{COM}x)$	T3.1
T3.3 $(x)((\text{MOD}x \vee \text{ASP}x) \rightarrow (\exists z)\text{SOG}zx)$	P4
T3.4 $(x)(\neg(\exists z)\text{SOG}zx \rightarrow (\neg\text{MOD}x \cdot \neg\text{ASP}x))$	T3.3
T3.5 $(x)(\text{INT}x \rightarrow (\exists z)\text{SOG}zx)$	P4
T3.6 $\neg(\exists x)(\text{INT}x \cdot \neg(\exists z)\text{SOG}zx)$	T3.5

Disponemos además de una segunda y no menos importante caracterización de ‘*sujeto*’, complementaria de la primera. Los sujetos, nos dice el postulado P5, no son objetos², precisamente al tener el ‘*estatus*’ de sujetos.

P5 *Los sujetos tienen un estatus en virtud del cual no son objetos.*

$(z)(\text{SOG}z \rightarrow (\exists y)(\text{STAy}z \cdot \neg\text{OGG}z))$

Tampoco esta tesis se compromete en la identificación empírica de los individuos calificables como sujetos. Se limita a decir dos cosas. La primera, que ‘sujeto’ y ‘objeto’ son predicados sintácticamente incompatibles, de manera que si un individuo es (considerado o tratado como) un

sujeto, entonces no es (considerado o tratado como) un objeto (T3.7), y viceversa (T3.8). Como se ha dicho en los Preliminares, no se trata de una tesis axiológica. En efecto, este primer corolario de nuestro postulado P5 quedaría satisfecho incluso si un ser humano fuese (considerado como) un objeto: en tal caso, ello querría decir que no sería (considerado como) un sujeto. Una interpretación axiológica del mismo sólo es legítima si se asume, con arreglo a normas asumidas como válidas (ya sean morales, religiosas o jurídicas), que todos los seres humanos son personas o sujetos. Es lo que sugiere, basándose en la contraposición axiológica entre persona humana y objetos, la segunda máxima kantiana de la moralidad: «El hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real»³. Pero es también lo que impone el derecho positivo de los ordenamientos evolucionados: «Todo ser humano», dice el artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, «tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica»; y el artículo 1 del Código Civil italiano afirma: «La capacidad jurídica», que como veremos es un aspecto de la personalidad jurídica (T7.19), «se adquiere desde el momento del nacimiento». Está claro que en tales ordenamientos los seres humanos, al ser todos sujetos en tanto que ‘personas’ o ‘jurídicamente capaces’ (D7.3, D7.10), no son objetos ni pueden ser tratados o considerados como tales (como sucedería, por ejemplo, si se admitieran formas de dominio o de servidumbre personal, o de negociación sobre el cuerpo humano).

T3.7 (z)(SOGz \rightarrow \neg OGGz)

P5

T3.8 (z)(OGGz \rightarrow \neg SOGz)

T3.7

No menos relevante en el plano teórico, aunque en apariencia menos significativo, es el segundo corolario del postulado P5, por medio del cual se introduce el concepto de ‘*estatus*’. Con arreglo al mismo, todos los sujetos están dotados de un estatus (T3.9), entendiendo ‘estatus’ —como se dijo en el § 2 de los Preliminares— en el sentido de «calificación», «condición» o «posición» ocupada en un sistema deóntico determinado por aquello a lo que vaya referido: por ejemplo, la posición de «torre» o de «caballo» en el juego del ajedrez, la de «billete de diez euros» en el sistema monetario europeo, la de «portero» en el juego del fútbol, o la de «persona», «ciudadano», «empresario», «cónyuge» o «soltero» en un ordenamiento jurídico.

T3.9 (z)(SOGz \rightarrow (\exists y)STAy)

P5

Aunque ‘estatus’ sea predicable también de objetos y de cosas —como por ejemplo en la tesis según la cual tienen el estatus de bienes demaniales, es decir, pertenecientes al «dominio público», tal y como establece el artículo 822 del Código Civil italiano, «la orilla del mar, las playas, las

radas y los puertos»—, la tesis T3.9 hace de dicha noción una categoría central de la teoría deóntica de los sujetos y en particular, como se verá en el capítulo VII, de la teoría jurídica de los sujetos jurídicos y de las personas. Conviene por tanto emprender ya desde este capítulo, dedicado a los sujetos, un primer análisis sumario de la misma que será desarrollado y profundizado en los capítulos IV, VII y VIII.

3.2. *Los estatus como significados prescriptivos y figuras de calificación óntica*

El concepto de ‘estatus’ queda delineado principalmente por las tesis expresadas por los postulados P6 y P9. La primera de estas dos tesis, que enuncia el carácter lingüístico de todo sistema deóntico, asemeja los estatus a las modalidades, las expectativas y las reglas, al afirmar que también aquéllos, como éstas, son ‘significados prescriptivos’. La segunda tesis pone de manifiesto en cambio sus rasgos distintivos, al afirmar que son figuras de calificación no deóntica sino óntica, dado que implican no la mera posibilidad de que exista aquello que constituye su tema —como ocurre con las modalidades y las expectativas—, sino su existencia efectiva.

P6 *Modalidades, expectativas, estatus y reglas suponen la existencia de algo de lo que son significados prescriptivos.*

$(y)((\text{MOD}y \vee \text{ASP}y \vee \text{STAy} \vee \text{REG}y) \rightarrow (\exists x)\text{SIG}yx)$

P9 *Un estatus supone siempre la existencia de su tema.*

$(y)(\text{STAy} \rightarrow (\exists x)\text{STAy}x)$

Hablaré en el próximo capítulo de la naturaleza lingüística de los sistemas deónticos —y por consiguiente también del derecho— expresada por el postulado P6. Lo que aquí es importante poner de manifiesto es que este postulado propone, en lo referente a los estatus, una convención terminológica que se aparta de los usos corrientes. Con ‘prescripción’ y ‘significado prescriptivo’ —en contraposición a ‘aserción’ y ‘significado asertivo’— se entiende habitualmente sólo las figuras de calificación deóntica activas que aquí he llamado ‘modalidades’: los permisos, las facultades, las obligaciones, las prohibiciones y las reglas que las expresan⁴. En esta teoría, en cambio, he incluido entre los significados prescriptivos —así como entre las ‘prescripciones’, como se dirá en el capítulo IV—, además de las expectativas, también los estatus (P6, T3.10, D4.3, T4.7). También éstos, al igual que las modalidades y las expectativas, son expresados por proposiciones no asertivas, es decir, ni verdaderas ni falsas, sino prescriptivas en sentido lato: esto es, por

preceptos o por reglas que, como se verá, aun siendo ‘constitutivas’ y no ‘deónticas’, son actos de voluntad y de poder y no de conocimiento o de saber, dirigidos no a describir sino a constituir o a pre-constituir performativamente lo que constituye su tema. Y esto me ha parecido suficiente para justificar el uso, que introduciré en el próximo capítulo, de un término común —‘prescripción’, precisamente— para designar, junto a las modalidades y a las expectativas que he llamado ‘deónticas’, también los estatus ónticos: en pocas palabras, la suma de todos los significados prescriptivos expresados por preceptos (D4.3, T4.6, T4.7, T4.18).

T3.10 $(y)(STAy \rightarrow (\exists x)SIGyx)$

P6

Igual de relevante es la segunda tesis, formulada por el postulado P9, que enuncia la estructura específica de los estatus. Con arreglo a la misma, dado un estatus existe también aquello que es calificado por él. A diferencia de las figuras deónticas, que expresan el «deber ser» (o mejor, el «poder ser») de lo que constituye su tema (T2.2), los estatus expresan en efecto su «ser» o identidad, esto es, realizan el estado de cosas que ellos mismos califican. En esto es en lo que reside su naturaleza de calificaciones «ónticas» o performativas, ilustrada en el § 2 de los Preliminares, en contraposición a la de calificaciones «deónticas» propia de las modalidades y las expectativas. Mientras que una modalidad o una expectativa —por ejemplo una obligación, una prohibición, una facultad o un derecho subjetivo— existen con independencia de que se realice su contenido y son excluidas sólo por la imposibilidad de que se realice (T2.3), un estatus no existe si no existe también aquello que es calificado por él (T3.11).

T3.11 $(y)(\neg(\exists x)STAy \rightarrow \neg STAy)$

P9

Ésta es una tesis de la máxima importancia, sobre la que basaré en el próximo capítulo la distinción entre los preceptos (así como las prescripciones y las reglas) constitutivos y los preceptos (así como las prescripciones y las reglas) deónticos. Enunciar la existencia de un estatus equivale a enunciar también la existencia de aquello que es calificado por él. Se podrá demostrar en efecto —de nuevo, en el próximo capítulo— que a diferencia de lo que ocurre con las modalidades (y las expectativas) dictadas por preceptos deónticos, que son coextensivas con la posibilidad de existencia de lo que constituye su contenido (T2.33-T2.38 y T2.59), los estatus dictados por los que llamaré ‘preceptos constitutivos’ (D4.5) son coextensivos con la existencia de aquello que califican, de manera que su uso monádico equivale a su uso diádico (T4.17). No tendría sentido «dar la salida» a una carrera sin que exista una competición de carreras, o declarar «marido» y «mujer» a dos personas inexistentes. Una facultad, por ejemplo, existe aunque no se realicen los actos que serían ejercicio de la misma y que, por otra parte, pueden serlo por lo general

en cantidad indeterminada. Dado un estatus, en cambio, existe también su tema y sólo un tema suyo. Considérese el estatus de ciudadano adscrito por la ley en presencia de determinadas condiciones: está claro que existen tantos estatus de ciudadano cuantas son las personas cuyas condiciones satisfacen las requeridas por la ley. Lo mismo puede decirse de los estatus de los que, de hecho, no existe lo que sería calificado por ellos. Piénsese en la norma de la Constitución italiana que prevé la figura de los senadores vitalicios de nombramiento presidencial. Esta norma, evidentemente, existe suceda lo que suceda y por consiguiente también si jamás fuese nombrado ningún senador vitalicio. Pero en tal caso, al no existir ningún titular del mismo, no existiría el estatus —aun previsto por la norma— de senador vitalicio. Éste es precisamente el rasgo distintivo de los estatus (ónticos) respecto a las modalidades (deónticas) como los derechos, las obligaciones o las prohibiciones, que por el contrario existen con independencia de la realización de sus temas, que por eso he llamado ‘actuaciones’ (D2.7).

3.3. Autores y titulares. Imputación e imputabilidad

Reanudemos ahora el análisis del concepto de ‘sujeto’. Comportamientos, modalidades y expectativas, afirma nuestro postulado P4, suponen siempre alguien que sea su sujeto. Llamaré ‘autor’ al sujeto de un comportamiento y ‘titular’ al sujeto de una modalidad o de una expectativa.

D3.1 ‘Autor’ es cualquier sujeto de un comportamiento.

$(z)(x)(\text{AUT}_{zx} \equiv (\text{SOG}_{zx} \cdot \text{COM}_x))$

D3.2 ‘Titular’ es cualquier sujeto de una modalidad o de una expectativa.

$(z)(y)(\text{TIT}_{zy} \equiv (\text{SOG}_{zy} \cdot (\text{MOD}_y \vee \text{ASPy})))$

Estas dos nociones permitirán definir, en el capítulo VII, las dos figuras de la capacidad de obrar y la capacidad jurídica, que se identificarán la una con el estatus del que puede ser autor de esos comportamientos específicos que son los actos jurídicos (D7.7) y la otra con el de quien puede ser titular de esas específicas modalidades o expectativas que son las situaciones jurídicas (D7.8). La disyunción o suma lógica de estos dos estatus resultará equivalente a ese *status personae* más genérico que es la personalidad (D7.2, T7.19). Entretanto se puede demostrar que el concepto de comportamiento, por un lado, y los de modalidad y expectativa, por el otro, son coextensivos con sus respectivas figuras subjetivas: los unos suponen un (sujeto que es su) autor, y viceversa (T3.12); las otras, un (sujeto que es su) titular, y viceversa (T3.13).

T3.12 (x)(COMx \equiv ($\exists z$)AUTzx)

T3.1, D3.1

T3.13 (y)((MODy \vee ASPy) \equiv ($\exists z$)TITzy)

T3.3, D3.2

No obstante, la teoría de los sujetos resulta enormemente complicada por el hecho de que las condiciones de ‘autor’ y ‘titular’ no agotan todas las formas posibles de adscripción subjetiva. En efecto, no siempre quien es el titular de una modalidad es también el autor de los actos que son su actuación. Además de a sus autores y a sus titulares, comportamientos y modalidades pueden ser adscritos, a diferente título, también a otros sujetos: los primeros, a los titulares de las modalidades de las que son actuación y que pueden ser también diferentes de sus autores; las segundas, a los autores de los actos de los que son modalidades y que pueden ser también diferentes de sus titulares. Esta duplicación es frecuente sobre todo en la experiencia jurídica. Piénsese en el fenómeno de la representación que analizaré en el capítulo VII —desde la representación negocial o voluntaria a la legal o necesaria, por ejemplo de las llamadas «personas jurídicas» o «artificiales»—, en el que se adscriben al representado actos del representante llevados a cabo como actuación de situaciones de las que aquél es el titular y se adscriben al representante las situaciones del representado de cuyas actuaciones es autor el representante (D7.12-D7.14 y T7.68-T7.71). O también en la variada fenomenología de los sujetos colegiados y colectivos (D3.8, T3.46), a los que se imputan —como se verá en el § 3.7— los actos resultantes de una pluralidad de comportamientos de los que son autores, evidentemente, sujetos individuales.

Llamaré ‘*imputación*’ a la adscripción a un sujeto de una modalidad, una expectativa o un comportamiento, por cualquier título. Concretamente, mediante una definición en apariencia sencilla pero en realidad bastante compleja, llamaré ‘*imputado (de algo)*’ a quien sea titular de una modalidad o de una expectativa, o bien autor de un comportamiento o titular de la modalidad por la que está calificado el comportamiento (de otro).

D3.3 ‘*Imputado (de algo)*’ es quien sea titular de una modalidad o de una expectativa, o bien autor de un comportamiento o titular de la modalidad correspondiente.

$$(z)(x)(\text{IMP}_{zx} \equiv (((\text{MOD}_x \vee \text{ASP}_x) \cdot \text{TIT}_{zx}) \vee (\text{COM}_x \cdot (\text{AUT}_{zx} \vee (\exists y)(\text{TIT}_{zy} \cdot \text{MOD}_{yx}))))))$$

‘*Imputable*’ será a su vez el que pueda ser imputado de algo, es decir, el que pueda llegar a ser titular de una modalidad o de una expectativa, o bien autor de un comportamiento o titular de la modalidad correspondiente (T3.14). Añado que ‘imputable’ e ‘imputado’ pueden ser (y habitualmente son) empleados, sin que cambie su significado extensivo, bien como predicados de un sujeto en relación (efectiva o posible)

con una modalidad, una expectativa o un comportamiento, o bien como predicados de una modalidad, una expectativa o un comportamiento en relación (efectiva o posible) con un sujeto. Se puede demostrar en efecto que «(sujeto) imputado de (algo)» y «(algo) imputado a (un sujeto)» son expresiones coextensivas (T3.15). Se dirá por tanto indistintamente —acerca de los sujetos titulares de modalidades o de expectativas, o bien autores de comportamientos— que un sujeto es *imputado* (o *imputable*) de una determinada modalidad o expectativa o de un cierto comportamiento (D3.3, T3.14), o bien que éstos son *imputados* (o *imputables*) a un determinado sujeto (T3.16, T3.17).

$$\text{T3.14 } (z)(M(\exists x)IMP_{zx} \equiv M(\exists x)((MODx \vee ASPx) \cdot TIT_{zx}) \vee (COMx \cdot (AUT_{zx} \vee (\exists y)(TIT_{zy} \cdot MOD_{yx})))) \quad \text{D3.3}$$

$$\text{T3.15 } (z)(x)(IMP_{zx} \equiv IMP_{xz}) \quad \text{D3.3}$$

$$\text{T3.16 } (z)(x)(IMP_{xz} \equiv ((TIT_{zx} \cdot (MODx \vee ASPx)) \vee ((AUT_{zx} \vee (\exists y)(TIT_{zy} \cdot MOD_{yx})) \cdot COMx))) \quad \text{D3.3, T3.15}$$

$$\text{T3.17 } (z)(M(\exists x)IMP_{xz} \equiv M(\exists x)((TIT_{zx} \cdot (MODx \vee ASPx)) \vee ((AUT_{zx} \vee (\exists y)(TIT_{zy} \cdot MOD_{yx})) \cdot COMx))) \quad \text{T3.14, T3.15}$$

‘Imputación’ e ‘imputabilidad’ son por tanto categorías generalísimas —de la teoría deóntica, antes que de la teoría del derecho— que designan la esfera de las acciones y de las posiciones de un sujeto en un sistema deóntico. No obstante, como ya he dicho, desempeñan un papel central sobre todo en ese específico sistema deóntico que es el derecho, con referencia al cual pueden ser mejor comprendidas que en relación con cualquier otro. En este sistema, como se verá en el capítulo VII, se llamará ‘sujetos jurídicos’ a todos aquellos a quienes son imputables actos jurídicos o situaciones jurídicas (D7.4); mientras que se llamará ‘personas’ a cuantos pueden ser autores de los primeros o titulares de las segundas en virtud del estatus, específicamente jurídico en tanto que conferido por el derecho, de la ‘personalidad’, definido a su vez, justamente, como la idoneidad de un sujeto para ser autor de actos y/o titular de situaciones (D7.3, D7.2). Una y otra idoneidad, como veremos, no siempre coinciden. La primera, como ya he apuntado, es la ‘capacidad de obrar’, esto es, el estatus sólo de las personas físicas capaces de entender y de querer y por consiguiente de ser autores de actos (D7.7), como actuación de las situaciones de las que son titulares o también, cuando actúen como representantes, de las que son sólo imputados, siendo sus titulares los sujetos a los que se imputan los actos realizados. La segunda es la ‘capacidad jurídica’, es decir, el estatus de los que pueden ser titulares de situaciones (D7.8), incluidos por tanto los incapaces de obrar, como los menores y, por otro lado, esas entidades ficticias que son las personas jurídicas y a las que, aun no pudiendo actuar en persona, les son imputables los actos realizados como actuación de aquéllas por personas físicas capaces de obrar y, a su vez, no titulares sino sólo imputadas de las situaciones cuya actuación llevan a cabo ellas.

Todo esto justifica la complejidad de nuestras definiciones de ‘imputación’ y consiguientemente de ‘imputabilidad’. Con arreglo a las mismas son sujetos todas las entidades humanas o artificiales que en un sistema deóntico sean de un modo u otro imputables (T3.18), y solamente ellas. En este sentido bien puede aceptarse la noción de sujeto formulada por Hans Kelsen como centro o «punto común de imputación»⁵, o mejor «de imputabilidad». A la inversa, los comportamientos, las modalidades y las expectativas equivalen, en su conjunto, a otros tantos objetos de imputación (T3.19). No obstante, si bien es verdad que los unos tienen siempre autores (T3.12) y las otras tienen siempre titulares (T3.13), también es cierto que la imputación no siempre coincide con estas dos formas de subjetividad. En efecto, mientras que quien es autor de un comportamiento o titular de una modalidad o de una expectativa es también imputado del uno o de las otras (T3.20-T3.22), no siempre, como veremos en el § 7.7 dedicado a la representación, es cierto lo contrario. En particular los comportamientos —podemos decir desde ahora— pueden ser imputados además de a sus autores a sujetos distintos en tanto que titulares de las modalidades de las que son actuaciones (T3.23): de manera que decir que existe un sujeto al que le es imputado un comportamiento equivale a decir o bien que es su autor, o bien que es el titular de la modalidad de la que el comportamiento de otro es actuación (T3.24).

T3.18	$(z)(M(\exists x)IMP_{zx} \rightarrow SOG_z)$	D3.3, D3.1, D3.2
T3.19	$(x)((\exists z)IMP_{xz} \equiv (MOD_x \vee ASP_x \vee COM_x))$	T3.16, T3.13, T3.12
T3.20	$(z)(x)((AUT_{zx} \cdot COM_x) \rightarrow IMP_{xz})$	T3.16
T3.21	$(z)(y)((TIT_{zy} \cdot (MOD_y \vee ASP_y)) \rightarrow IMP_{yz})$	T3.16
T3.22	$(z)(x)((AUT_{zx} \vee TIT_{zx}) \rightarrow IMP_{zx})$	T3.20, T3.21, T3.12, T3.13
T3.23	$(x)(COM_x \rightarrow (z)((AUT_{zx} \vee (\exists y)(TIT_{zy} \cdot MOD_{yx})) \rightarrow (IMP_{xz} \cdot SOG_z)))$	T3.16, T3.18
T3.24	$(x)(COM_x \rightarrow ((\exists z)IMP_{zx} \equiv (\exists z)(AUT_{zx} \vee (\exists y)(TIT_{zy} \cdot MOD_{yx}))))$	T3.23, T3.12

Por lo general estas dos posiciones coinciden, y entonces el comportamiento se imputa únicamente a su autor: es el caso de quien actúa en nombre y por cuenta propios, siéndole entonces imputados tanto el comportamiento del que es autor como la modalidad correspondiente de la que es titular (T3.25). Pero también pueden no coincidir, como ocurre cuando alguien actúa en nombre y por cuenta de otro y el comportamiento es entonces imputado simultáneamente a dos sujetos distintos: a su autor y al sujeto, tal vez incapaz de obrar, que es titular de la modalidad de la que aquél es actuación (T3.26, T3.27).

T3.25	$(z)(x)(y)((AUT_{zx} \cdot COM_x \cdot TIT_{zy} \cdot MOD_{yx}) \rightarrow (IMP_{zx} \cdot IMP_{zy}))$	D3.3, T3.21
T3.26	$(x)(COM_x \rightarrow ((\exists z_1)(SOG_{z_1x} \cdot IMP_{z_1x} \cdot AUT_{z_1x}) \cdot (\exists z_2)(\exists y)(SOG_{z_2x} \cdot IMP_{z_2y} \cdot TIT_{z_2y} \cdot MOD_{yx} \cdot ATZ_{xy})))$	T3.1, D3.1, T3.20, D3.3, T3.13, P2, D3.2

$$T3.27 \quad (z)(x)(y)((SOGz \cdot AUTzx \cdot COMx) \vee (SOGz \cdot TITzy \cdot MODyx \cdot COMx \cdot ATZxy)) \rightarrow (IMPxz \cdot COMx) \quad T3.20, T3.23$$

Se trata justamente de los casos —que analizaré en los §§ 7.7 y 10.5— de las relaciones de representación, en las cuales el comportamiento del que es autor el representante es imputado al representado: como ocurre con la representación orgánica de las personas jurídicas, que actúan necesariamente a través de personas físicas cuyos actos les son imputados en tanto que actuaciones de las situaciones de las que dichas personas jurídicas son titulares; o con la representación de los incapaces, donde igualmente los actos de los representantes son imputados a los representados en actuación de cuyas situaciones son realizados; o con la representación voluntaria, en la que la imputación no depende de la incapacidad de obrar del representado, sino del mandato conferido por éste al representante de llevar a cabo la actuación de las situaciones de las que el representado es titular.

3.4. *Las relaciones deónticas entre sujetos.*

La red de los imperativos y de las expectativas

Llegados a este punto estamos en condiciones de definir, basándonos en las tesis de las que disponemos, el concepto de ‘relación deóntica’ entre sujetos. Ya se ha visto —en el § 2.3— que a las obligaciones corresponden expectativas positivas y viceversa (T2.60) y que a las prohibiciones corresponden expectativas negativas y viceversa (T2.61). Ahora podemos identificar estos dos nexos con otras tantas relaciones entre sujetos distintos, en las que a unos se les imputan expectativas y a los otros los imperativos correspondientes. De las tesis T2.60 y T2.61 se pueden deducir en efecto los dos siguientes teoremas:

T3.28 *Decir que a un individuo le es imputada una expectativa positiva equivale a decir que a otro individuo le es imputada la obligación correspondiente.*

$$(x)((\exists z)(\exists y')(IMPz'y' \cdot ASPy'x) \equiv (\exists z'')(\exists y'')(IMPz''y'' \cdot OBLy''x)) \quad T2.60, T3.19, T2.17$$

T3.29 *Decir que a un individuo le es imputada una expectativa negativa equivale a decir que a otro individuo le es imputada la prohibición correspondiente.*

$$(x)((\exists z)(\exists y')(IMPz'y' \cdot ASPy'\perp x) \equiv (\exists z'')(\exists y'')(IMPz''y'' \cdot DIVy''x)) \quad T3.28, T2.46$$

Llamo ‘relación deóntica’ a la relación, expresada por estos teoremas, entre dos sujetos a los que se imputan respectivamente una expectativa positiva y la obligación correspondiente, o una expectativa negativa y la prohibición correspondiente. En concreto:

D3.4 La ‘relación deóntica’ es la relación entre dos individuos en la que a uno le es imputada una expectativa positiva y al otro la obligación correspondiente.

$$(z')(z'')(RADz'z'' \equiv (\exists y')(\exists y'')(IMPz'y' \cdot IMPz''y'' \cdot M(\exists x)(ASPy'x \cdot OBLy''x)))$$

de donde deriva, por sustitución y reemplazo, que ‘relación deóntica’ es también la que se da entre dos sujetos cuando a uno de ellos le es imputada una expectativa negativa y al otro la prohibición correspondiente:

$$T3.30 (z')(z'')(RADz'z'' \equiv (\exists y')(\exists y'')(IMPz'y' \cdot IMPz''y'' \cdot M(\exists x)(ASPy'\perp x \cdot DIVy''x))) \quad D3.4, T2.46$$

Se puede hablar por tanto de ‘relación deóntica’ si y sólo si uno de los términos de la relación es una obligación o una prohibición: pero no en cambio si es una facultad, dado que a ésta, como afirma el teorema T2.68, no corresponde expectativa alguna. Enunciaré por tanto dos pares de relaciones biunívocas: si a un sujeto le es imputada una expectativa positiva, entonces está en relación deóntica con otro, al que le es imputada la obligación correspondiente (T3.31), y viceversa (T3.32); si por el contrario le es imputada una expectativa negativa, entonces está en relación deóntica con otro, al que le es imputada la prohibición correspondiente (T3.33), y viceversa (T3.34).

$$T3.31 (z')(x)((SOGz' \cdot (\exists y')(IMPz'y' \cdot ASPy'x)) \rightarrow (\exists z'')(\exists y'')(RADz'z'' \cdot IMPz''y'' \cdot OBLy''x)) \quad D3.4, T3.28$$

$$T3.32 (z'')(x)((SOGz'' \cdot (\exists y'')(IMPz''y'' \cdot OBLy''x)) \rightarrow (\exists z')(\exists y')(RADz'z' \cdot IMPz'y' \cdot ASPy'x)) \quad D3.4, T3.28$$

$$T3.33 (z')(x)((SOGz' \cdot (\exists y')(IMPz'y' \cdot ASPy'\perp x)) \rightarrow (\exists z'')(\exists y'')(RADz'z'' \cdot IMPz''y'' \cdot DIVy''x)) \quad T3.31, T2.46$$

$$T3.34 (z'')(x)((SOGz'' \cdot (\exists y'')(IMPz''y'' \cdot DIVy''x)) \rightarrow (\exists z')(\exists y')(RADz'z' \cdot IMPz'y' \cdot ASPy'\perp x)) \quad T3.32, T2.46$$

Sobre este esquema se construirá —en el § 7.6— la categoría de las ‘relaciones jurídicas’, que identificaré con aquellas relaciones deónticas que se dan entre las modalidades y las expectativas que consisten en ‘situaciones jurídicas’, es decir, entre figuras deónticas cuyos temas no son meros comportamientos sino ‘actos’ jurídicamente relevantes por los ‘efectos’ jurídicos que producen (D6.1): concretamente, entre las que llamaré ‘situaciones pasivas’ (D6.4), como por ejemplo los derechos subjetivos, y los deberes correspondientes a las mismas que recaen sobre otros sujetos, que llamaré ‘situaciones activas’ (D6.3). Modalidades y situaciones activas, al referirse a los comportamientos propios de los sujetos que son sus titulares, forman el lado activo de la relación; expectativas y situaciones pasivas, al referirse a comportamientos de otros, forman en cambio su lado pasivo.

Toda la vida de relación, desde sus formas más simples a las más complejas, puede interpretarse por tanto en términos de relaciones deónticas

entre expectativas positivas o negativas y obligaciones o prohibiciones correspondientes. Si ordeno a alguien: «¡Cierra la puerta!», tengo la expectativa de que la cierre. La prohibición «no fumar» genera la expectativa de que nadie fume. La prohibición de matar, ya sea moral o jurídica, corresponde a la expectativa de que conforme a la misma nadie mate ni sea matado. La estipulación constitucional de la libertad de expresión del pensamiento genera la prohibición de la censura o de otras formas de limitación o impedimento de su ejercicio, así como la expectativa negativa correspondiente; y la del derecho a la asistencia sanitaria o a la instrucción genera la obligación de proporcionar las prestaciones correspondientes, así como la expectativa positiva correlativa.

En todos los casos —como se verá mejor en los §§ 7.6, 10.13, 10.14, 13.12 y 13.20— las expectativas y los deberes correspondientes, sobre todo si están dotados de carácter universal (*omnium*) y/o absoluto (*erga omnes*), sirven para generar —tanto en el derecho como en la moral y en los demás sistemas de reglas sociales— una tupida y compleja red de relaciones deónticas (T7.60-T7.63, T10.174-T10.185) que constituyen la base de las distintas formas, jurídicas y extrajurídicas, de *reciprocidad* y *solidaridad*. El sentimiento de solidaridad, en efecto, no es sino el sentimiento de obligatoriedad con el que cada uno percibe los deberes y las prohibiciones correspondientes a las expectativas de los demás, que se corresponde con el sentimiento recíproco de confianza en la obligada satisfacción por parte de los demás de las expectativas propias: y éstos son los dos sentimientos intersubjetivos en los que se basa principalmente la efectividad tanto de las modalidades como de las expectativas.

Por otra parte, confirmando cuanto se dijo en el § 2.3, los teoremas T3.31-T3.34 muestran que no hay ninguna prioridad lógica de las modalidades respecto a las expectativas. Se puede desarrollar una teoría del derecho, y más en general de los sistemas deónticos, partiendo de las modalidades (es decir, de las figuras deónticas activas) y definiendo por medio de ellas las expectativas (esto es, las figuras deónticas pasivas). Pero también es posible desarrollarla partiendo de las expectativas y definiendo por medio de éstas las obligaciones, las prohibiciones y, aunque sea indirectamente, las facultades. En el primer caso tendremos una teoría del derecho (como, por ejemplo, la kelseniana) formulada principalmente en términos de imperativos (o de deberes); en el segundo, una teoría del derecho (como la aquí desarrollada) formulada primordialmente en términos de expectativas (o de derechos). Otro tanto cabe decir del derecho mismo al que se hace objeto de la teoría: las normas pueden ser formuladas en términos de obligaciones y prohibiciones, es decir, por medio de las que llamaré ‘normas imperativas’ (D8.9), o bien en términos de expectativas positivas y negativas, esto es, por medio de las que llamaré ‘normas atributivas’ (D8.8). En principio, entre una cosa y otra no hay diferencia alguna en el plano teórico: lo que es objeto de expectativa, en efecto, es debido a alguien o a todos por parte de alguien o de todos; y lo que es debido es objeto de una expectativa de

alguien o de todos frente a alguien o frente a todos. Pero en la práctica son muy distintos los términos en los que se plantea el problema de las lagunas: que se dan no tanto a falta de las expectativas, que son figuras deónticas pasivas, sino más bien de los imperativos, es decir, de las figuras activas de cuya obediencia depende también la satisfacción de las primeras.

El lenguaje legal hace uso de ambas formulaciones. Las normas en términos de expectativas son las más difundidas en los textos constitucionales y esto justifica la opción de formular en términos de expectativas la teoría del estado de derecho y de la democracia. Son por ejemplo expectativas negativas o positivas, como veremos en su momento, los derechos de libertad, el *habeas corpus*, los derechos de las minorías lingüísticas, el derecho de huelga, el derecho al trabajo, los derechos a la salud, a la educación, a un salario justo, etc., sancionados generalmente en la primera parte de las constituciones. Por el contrario, las normas imperativas son las más difundidas en la legislación ordinaria y en particular en la penal, constituida por prohibiciones de comportamientos sancionados como delitos. En cuanto al derecho civil, está expresado tanto en términos de expectativas (es decir, de derechos, reales o de crédito) como de obligaciones (esto es, de obligaciones civiles).

Las razones de estos diversos estilos legislativos son de carácter tanto técnico como político. Las constituciones privilegian las formulaciones en términos de «derechos» —o sea, de expectativas, dejando por lo general sobreentendidas las obligaciones y prohibiciones correspondientes, cuya introducción queda confiada a la legislación de desarrollo— en cuanto que nacen como convenciones solemnes dirigidas a proclamar, como cláusulas del pacto de convivencia impuestas a la esfera pública, inmunidades, libertades y necesidades fundamentales de cuya garantía depende en la actualidad la legitimación política de todos los ordenamientos democráticos. Las leyes penales privilegian en cambio las formulaciones en términos de prohibiciones y dejan sobreentendidas las correspondientes expectativas negativas de inmunidad, al estar vinculadas al respeto del principio de taxatividad en la configuración de los comportamientos prohibidos que son violación de dichas expectativas. Por fin, las normas de los códigos civiles están formuladas tanto en términos de derechos como de obligaciones, a causa del carácter por lo general simétrico de las posiciones de sus titulares y de la forma horizontal y paritaria de sus relaciones deónticas.

Cualquiera que sea la técnica de formulación adoptada, expectativas y modalidades imperativas —como nos muestran las tesis T3.31-T3.34— se implican recíprocamente como posiciones de sujetos distintos que están entre sí en relación deóntica. Al ser las expectativas positivas y las negativas de un sujeto respectivamente la otra cara de la obligación y de la prohibición imputadas a otro y viceversa, no se dan por consiguiente, en el plano teórico, expectativas sin obligaciones o prohibiciones correspondientes, ni tampoco obligaciones o prohibiciones sin las correspon-

dientes expectativas. Ello quiere decir que la estipulación de un derecho, al consistir siempre como veremos en su momento en la atribución de una expectativa, exige que sea identificable el sujeto titular del deber correspondiente; y que por consiguiente, aunque las constituciones son pródigas en la promesa de «derechos», estas promesas sólo son serias (esto es, susceptibles de quedar satisfechas en concreto) si van acompañadas o seguidas de la identificación de los deberes correspondientes y de los sujetos, públicos o privados, a los que se imputan. Lo mismo cabe decir de la responsabilidad y de la anulabilidad, que como veremos son también expectativas (de la sanción de los actos ilícitos y de la anulación de los actos inválidos) cuya posibilidad de ser satisfechas depende de la predeterminación de los sujetos obligados a establecerlas. Sabemos en efecto que una expectativa es efectiva si y sólo si se da la obediencia a la obligación o la no desobediencia a la prohibición correspondientes, siendo su satisfacción y su violación equivalentes respectivamente —como se mostró con las tesis T2.103-T2.112— a la obediencia a la una y a la desobediencia a la otra.

Lamentablemente, en sistemas nomodinámicos como los de derecho positivo puede ocurrir no sólo que las expectativas formuladas mediante normas, como son los derechos fundamentales, sean inefectivas, sino incluso que no se hayan creado y por tanto no existan la obligación o la prohibición correspondientes. La correlación entre expectativas e imperativos correspondientes, como hemos dicho ya varias veces, es un principio teórico, *iuris tantum*, al igual que el principio de no contradicción, y no un *principium in iure*. Como veremos, éste es uno de los problemas centrales —acaso el problema central— del derecho y en particular de las democracias constitucionales. Cabe plantearlo desde ahora introduciendo el concepto de ‘garantía’, central a su vez en esta teoría.

3.5. *Las garantías y el garantismo.*

Garantías positivas y garantías negativas

«Garantía/s» es una palabra que ha experimentado en estos últimos años múltiples extensiones de su significado. En el significado originario del término, propio de los usos iusprivatistas, se entiende por *garantías* una serie de institutos que se remontan al derecho romano⁶ dirigidos a asegurar el cumplimiento de las obligaciones y la tutela de los correspondientes *derechos patrimoniales*⁷. En ese sentido, se distinguen dos clases de garantías: las *garantías reales*, como la prenda y la hipoteca, con las cuales el deudor pone a disposición del acreedor un bien —en el primer caso, mueble; en el segundo, inmueble— con el que resarcirse en caso de incumplimiento; y las *garantías personales*, como las que prestan el fiador y el avalista, con las que un tercero se obliga, en caso de incumplimiento de una obligación, a satisfacerla en lugar del deudor.

Relativamente recientes son en cambio la extensión del significado de «garantías» y la introducción del neologismo «garantismo»⁸ para indicar las técnicas de tutela de los *derechos fundamentales*: ya sean derechos negativos, como los *derechos de libertad* a los que corresponden prohibiciones de lesión, o derechos positivos, como los *derechos sociales* a los que corresponden obligaciones de prestación a cargo de los poderes públicos. En este sentido el término, en la expresión «garantía constitucional», es empleado en las disciplinas constitucionalistas en dos sentidos distintos pero en realidad estrechamente conectados: ante todo, para designar la garantía de los derechos fundamentales y de otros principios axiológicos ofrecida por su enunciación en normas de rango constitucional; en segundo lugar, para designar —según el uso que se hace del mismo en el rótulo del título VI de la Constitución italiana— la garantía ofrecida a las normas constitucionales mismas, y por consiguiente a los principios establecidos en ellas, por las técnicas dirigidas a garantizar su rigidez y consistentes, como se verá en los §§ 12.14 y 13.18, en la previsión de un procedimiento especial para su revisión y en el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes⁹.

El terreno en el que se ha producido principalmente esta extensión del significado de «garantías» es sin embargo el del derecho penal. En particular, la expresión «garantismo», en el sentido estricto de «garantismo penal», nació en la cultura jurídica italiana de los años setenta y ochenta como reacción teórica a la legislación y la jurisdicción de excepción que desde entonces han reducido de distintos modos el ya débil sistema de las garantías del debido proceso. En este sentido, el garantismo entronca con la tradición clásica del pensamiento penal liberal. Y expresa la exigencia, propia de la ilustración jurídica, de tutela de los derechos a la vida, a la integridad y a la libertad personal contra ese «terrible poder», como lo llamó Montesquieu¹⁰, que es el poder punitivo.

Una concepción semejante del garantismo se presta por otra parte a ser extendida, como paradigma de la teoría general del derecho, a todo el campo de los derechos subjetivos, ya sean patrimoniales o fundamentales, y a todo el sistema de los poderes, ya sean públicos o privados, estatales o internacionales. En efecto, lo que tienen en común todas las garantías es su establecimiento en vista del peligro de que en su ausencia el derecho que es su objeto resulte violado y por tanto inefectivo: una suerte de desconfianza en la satisfacción espontánea o en el respeto espontáneo de los derechos y específicamente, en lo que se refiere a los derechos fundamentales, en el ejercicio espontáneamente legítimo del poder. «Garantismo», en este sentido, se opone a cualquier concepción tanto de las relaciones políticas como de las económicas, tanto de las de derecho público como de las de derecho privado, basada en la idea onírica de un «poder bueno» o en cualquier caso de una observancia espontánea del derecho y de los derechos. Por consiguiente, dependiendo del tipo de derechos para cuyo respaldo sean establecidas o buscadas las garantías en tanto que técnicas idóneas para asegurar su tutela o satis-

facción efectivas, se hablará de *garantismo patrimonial* para designar el sistema de garantías dispuestas para la tutela de la propiedad y los demás derechos patrimoniales; de *garantismo liberal*, y específicamente *penal*, para designar las técnicas encaminadas a la defensa de los derechos de libertad —y entre ellos, en primer lugar, la libertad personal— contra intervenciones arbitrarias de tipo policial o judicial; de *garantismo social* para designar el conjunto de garantías, hasta ahora con bastantes carencias e imperfecciones, dirigidas a satisfacer los derechos sociales, como los derechos al trabajo y del trabajo, los derechos a la salud, a la subsistencia, a la educación, etc.; de *garantismo internacional* para designar las garantías, todavía casi totalmente ausentes, idóneas para tutelar los derechos humanos establecidos por las declaraciones y convenciones internacionales. En general, se hablará de «garantismo» para designar el conjunto de límites y vínculos impuestos a todos los poderes (públicos y privados, políticos y económicos, de nivel estatal y de nivel internacional) a fin de tutelar, mediante su sujeción a la ley y específicamente a los derechos fundamentales establecidos en ella, tanto las esferas privadas contra los poderes públicos como la esfera pública contra los poderes privados. Por ello, como se dijo en el § 7 de la Introducción, el garantismo es la otra cara del constitucionalismo.

En esta teoría propongo una extensión ulterior del significado de ‘garantía’, del campo de la teoría del derecho al más general de la deóntica. En efecto, a partir de este capítulo definiré las *garantías* sobre la base de las relaciones deónticas que se dan en cualquier sistema normativo entre expectativas y modalidades imperativas. En concreto, entenderé por ‘garantías’ las obligaciones correlativas a las expectativas positivas que son su tema.

D3.5 ‘Garantía’ es la obligación correspondiente a la expectativa positiva de su mismo tema.

$$(y'')(y')(GARy''y' \equiv M(\exists x)(OBLy''x \cdot ASPy'x))$$

Se sigue de ello, por la regla de sustitución, que también deberá entenderse por ‘garantía’ la prohibición correlativa a la expectativa negativa (T3.35). De manera que, en su conjunto, las garantías equivalen a la suma de las obligaciones y prohibiciones que corresponden respectivamente a las expectativas positivas y negativas que garantizan (T3.36, T3.38) y de cuya obediencia y no desobediencia depende, como se ha visto mediante las tesis T2.103-T2.112, la satisfacción de las primeras y la no violación de las segundas.

$$T3.35 (y'')(y')(GARy''y' \equiv M(\exists x)(DIVy''x \cdot ASPy' \perp x)) \quad D3.5, T2.46$$

$$T3.36 (y'')(y')(GARy''y' \equiv M(\exists x)((OBLy''x \cdot ASPy'x) \vee (DIVy''x \cdot ASPy' \perp x))) \quad D3.5, T3.35$$

Descomponiendo la suma lógica expresada por la tesis T3.36, podemos llamar entonces '*garantías positivas*' a las garantías consistentes en obligaciones y '*garantías negativas*' a las consistentes en prohibiciones.

D3.6 '*Garantía positiva*' es la garantía consistente en una obligación.

$(y'')(y')(GPOy''y' \equiv (GARy''y' \cdot OBLy''))$

D3.7 '*Garantía negativa*' es la garantía consistente en una prohibición.

$(y'')(y')(GNEy''y' \equiv (GARy''y' \cdot DIVy''))$

Por consiguiente todas las garantías se dividirán en garantías positivas y garantías negativas (T3.37), o en obligaciones y prohibiciones (T3.38), o, lo que sigue siendo lo mismo, en garantías de expectativas positivas y garantías de expectativas negativas (T3.39). En concreto, las obligaciones son las garantías positivas de las correspondientes expectativas positivas (T3.40) y las prohibiciones son las garantías negativas de las correspondientes expectativas negativas (T3.41). A la inversa, las expectativas positivas tienen siempre su garantía en la obligación correspondiente (T3.42) y las negativas la tienen siempre en la correspondiente prohibición (T3.43). Por ejemplo, la deuda es la garantía positiva del correspondiente crédito, en el sentido de que éste queda satisfecho por el cumplimiento de aquélla; la obligación de la asistencia sanitaria pública es la garantía positiva del derecho a la salud, en el sentido de que igualmente la obediencia a la primera conlleva la satisfacción del segundo; la prohibición de detención sin mandamiento de la autoridad judicial es la garantía negativa del *habeas corpus*, violado a su vez cuando aquélla sea desobedecida. Y dado que la relación entre expectativas y modalidades imperativas correspondientes nos remite a la relación deóntica entre sujetos que son titulares de las unas y las otras, entre garantías y relaciones deónticas existe una implicación recíproca: las garantías no son sino el lado activo —es decir, las modalidades de la obligación o la prohibición— de las relaciones deónticas de las que las expectativas garantizadas son el lado pasivo (T3.44); y viceversa, las relaciones deónticas no son sino las relaciones en las que se encuentran los sujetos a los que se imputan expectativas con aquellos a los que se imputan las modalidades que son su garantía (T3.45).

T3.37 $(y'')(y')(GARy''y' \equiv (GPOy''y' \vee GNEy''y'))$ T3.36, D3.6, D3.7

T3.38 $(y'')(y')(GARy''y' \equiv (M(\exists x)OBLy''x \vee M(\exists x)DIVy''x))$

T3.36, D3.5, T2.60, T2.46

T3.39 $(y'')(y')(GARy''y' \equiv (GARy''y' \cdot M(\exists x)(ASPy'x \vee ASPy'\perp x)))$ D3.35, T2.58

T3.40 $(y'')(M(\exists x)OBLy''x \rightarrow (\exists y')(GPOy''y' \cdot M(\exists x)ASPy'x))$ D3.5, T2.60, D3.6

T3.41 $(y'')(M(\exists x)DIVy''x \rightarrow (\exists y')(GNEy''y' \cdot M(\exists x)ASPy'\perp x))$

T3.35, T2.61, D3.7

T3.42 $(y')(y')(M(\exists x)ASPy'x \rightarrow (\exists y'')(GARy''y' \cdot M(\exists x)OBLy''x))$

D3.5, T2.60

T3.43	$(y')(M(\exists x)ASP_y' \perp x \rightarrow (\exists y'')(GAR_y''y' \cdot M(\exists x)DIV_y''x))$	T3.35, T2.61
T3.44	$(y'')(y')(GAR_y''y' \rightarrow (\exists z'')(\exists z')(MOD_y'' \cdot IMP_z''y'' \cdot RAD_z''z' \cdot IMP_z'y' \cdot ASP_y'))$	T3.19, T2.43, D3.4, D3.5
T3.45	$(z')(z'')(RAD_z''z' \rightarrow (\exists y')(\exists y'')(IMP_z'y' \cdot ASP_y' \cdot GAR_y''y' \cdot MOD_y'' \cdot IMP_z''y''))$	D3.4, D3.5, T2.43

3.6. La plenitud deóntica y el problema de las lagunas

¿Pero qué quiere decir que una expectativa implica siempre, como garantía, la obligación a cargo de otro sujeto de satisfacerla o la prohibición de violarla? Quiere decir, simplemente, que a nivel teórico las garantías integran la *plenitud deóntica* del sistema. De hecho, no obstante —como ya se ha dicho en el § 6 de la Introducción y después en el § 1.3—, en un sistema nomodinámico como es el derecho positivo, y tanto más si está articulado en varios niveles normativos, como ocurre en el estado constitucional de derecho, esta plenitud puede también no darse. Al no ser el nuestro un mundo deónticamente perfecto, es perfectamente posible que una norma jurídica atribuya una expectativa en forma de derecho subjetivo sin indicar los sujetos obligados a satisfacerla: es el caso, por ejemplo, del derecho «al trabajo» enunciado en el artículo 4 de la Constitución italiana y de todos los derechos sociales establecidos por los Pactos internacionales de 1966. En estos casos tenemos un contraste entre la teoría y el sistema deóntico que constituye su objeto. De la ausencia de garantías resulta entonces una *laguna deóntica* que en el plano teórico parece que no permitiría, hasta tanto se colmase, hablar de expectativa ni por consiguiente de ‘derecho subjetivo’. Pero si está dictado por una norma jurídica, un derecho subjetivo, y por tanto una expectativa, existe jurídicamente, tanto como existe la norma jurídica con la que se expresa, y ciertamente no puede ser ignorado por la teoría. Se sigue de ello que la garantía *debe ser* introducida; y que es precisamente este «deber ser» de la misma lo que, por un lado, permite hablar de *laguna* a propósito de su posible «no ser» y lo que, por otro lado, constituye la obligación implicada en cualquier caso, según nuestro postulado P3, por la expectativa en la que consiste el derecho proclamado. Se trata de una obligación por así decirlo de segundo grado, dado que pesa sobre el intérprete y/o el legislador como ‘obligación de obligar’ (o ‘de prohibir’), esto es, de encontrar y si es necesario de introducir la modalidad imperativa que constituye la garantía que falta.

De este modo, a través de esta aporía, se revela el papel (no meramente descriptivo, sino) normativo —como *principia iuris* pero no *in iure*— que, como se dijo en su momento, juegan las tesis deónticas de la teoría respecto a los sistemas nomodinámicos y en particular respecto al derecho positivo: las lagunas deónticas, al igual que ocurre con las antinomias, señalan la existencia de vicios que, si tomamos el derecho en serio, tienen que ser eliminados por medio de la interpretación, la

jurisdicción o la legislación. Pero se manifiesta también el papel garantista del derecho positivo, así como de la teoría, en particular respecto a esas expectativas universales (*omnium*) que llamaré en el capítulo XI ‘derechos fundamentales’. Como se verá, la estipulación constitucional de estos derechos equivale en efecto a la imposición de la introducción legislativa de las prohibiciones y obligaciones correspondientes a los mismos en la que se llamará (en el § 11.15) *esfera pública* del estado de derecho (D11.36). Por ejemplo, sin el derecho penal —esto es, sin la prohibición y la punición como delitos del homicidio, las lesiones y el hurto— no habría garantía de los derechos a la vida y la integridad personal ni del derecho de propiedad, por mucho que estén establecidos constitucionalmente. Sin leyes en materia sanitaria o de educación obligatoria no habría garantía de los derechos constitucionales a la salud y a la educación. A causa del carácter nomodinámico del derecho positivo, las prohibiciones y obligaciones correspondientes a los derechos fundamentales, aun siendo deducibles de éstos en el plano teórico, lo son por consiguiente sólo como «deber ser» en el plano jurídico, dependiendo su «ser» de su estipulación normativa positiva por obra de una legislación de desarrollo adecuada.

En los §§ 8.7, 10.19-10.20 y 12.13 volveré de nuevo sobre esta cuestión, verdadero rompecabezas de la teoría, cuyo análisis y solución se revelarán decisivos para comprender la estructura y la dinámica del derecho moderno y en particular del estado constitucional de derecho. En este capítulo, dedicado a los sujetos, interesa subrayar que la identificación normativa de los dos sujetos de las relaciones deónticas, tanto la de los titulares de las expectativas como la de los titulares de las modalidades correspondientes, viene impuesta por el postulado P4 como rasgo distintivo de cualquier fenomenología deóntica. Estos sujetos, como veremos a propósito de las diferentes situaciones jurídicas, pueden ser o bien «todos» o bien «algunos». Consiguientemente, como mostraré en el § 10.14, las modalidades y las expectativas que forman el contenido de las situaciones jurídicas pueden ser diferenciadas en cuatro clases, generadas por dos grandes divisiones que se cruzan entre sí: por un lado su división en *universales* (u *omnium*), en la medida en que corresponden por igual a todos, como por ejemplo los derechos fundamentales y las prohibiciones penales, y *singulares* (o *singuli*), en la medida en que corresponden a individuos determinados, como por ejemplo los derechos y obligaciones patrimoniales; por otro, su división en *absolutas* (o *erga omnes*), en tanto que se tienen frente a todos, como por ejemplo el derecho a la vida y el derecho de propiedad, y *relativas* (o *erga singulum*), en tanto que se tienen frente a individuos determinados, como los derechos de crédito y las deudas correspondientes. La estructura de cualquier sistema normativo, y de modo particularmente articulado la de los sistemas jurídicos, resulta así caracterizada como una red compleja de relaciones deónticas —universales y existenciales, absolutas y relativas, horizontales y verticales— cuyos desgarros vendrían a ser precisamente las lagunas

deónticas en virtud de las cuales tales relaciones quedan interrumpidas por la falta de alguno de sus términos.

Lamaré en su momento —en el capítulo X— *lagunas primarias* (D10.47) a las lagunas generadas por la falta de las que llamaré *garantías primarias* (D10.39), consistentes en las obligaciones o prohibiciones correspondientes a las expectativas positivas o negativas que, como veremos, constituyen el contenido de todos los derechos subjetivos. Llamaré por el contrario *lagunas secundarias* (D10.48) a las lagunas generadas por la falta de las que llamaré *garantías secundarias* (D10.40), como la previsión normativa de sanciones para los actos ilícitos y de la anulación para los actos inválidos, así como la existencia de las instituciones de garantía a las que les está encomendada su aplicación: en una palabra, la *justiciabilidad* de las violaciones jurídicas de las expectativas y de los imperativos correlativos que son sus garantías primarias.

Tanto las lagunas primarias como las secundarias son de carácter lógico, al estar tanto las garantías primarias como las secundarias lógicamente implicadas, como obligaciones o prohibiciones correspondientes, por las expectativas que garantizan (T3.42-T3.43). En particular, como se mostrará en el § 10.16, las garantías primarias están implicadas por las expectativas de prestación o de no lesión que constituyen el contenido de todos los derechos subjetivos (T10.212-T10.237 y T10.253-T10.255); y las garantías secundarias están implicadas por las expectativas de sanción o de anulación que constituyen el contenido de la responsabilidad y de la anulabilidad (T10.256-T10.257) subsiguientes a las violaciones de las garantías primarias. No obstante, mientras que en muchos casos las lagunas primarias pueden ser integradas a través de la interpretación, las lagunas secundarias requieren siempre la emanación de actos normativos dirigidos a introducir los presupuestos de las garantías secundarias que faltan, como el derecho de acción y antes aún los propios aparatos judiciales encargados de ponerlas en práctica. En ambos supuestos, el carácter en todo caso normativo de las expectativas que carecen de garantías, mientras que por una parte genera el riesgo de condenarlas a la ineffectividad, por otra produce aporías que, manifestándose en incumplimientos ilegítimos, exigen de los operadores por un lado y de la doctrina jurídica por otro intervenciones de tipo legislativo, jurisdiccional o incluso meramente interpretativo encaminadas a subsanar, reducir o señalar las lagunas. En el estado constitucional de derecho éste es el cometido primario tanto de la práctica jurídica como de la ciencia del derecho.

3.7. *Sujetos, comportamientos, modalidades y expectativas colectivas*

La fenomenología de la deóntica se complica notablemente por la presencia (muy difundida sobre todo en el derecho) de sujetos que actúan colectivamente o que colectivamente son titulares de modalidades o ex-

pectativas. Piénsese, por ejemplo, en una reunión o una manifestación en la vía pública, o una petición colectiva, o una decisión colegiada y, por otro lado, en modalidades y expectativas colectivas, ya sean jurídicas, como el condominio, las obligaciones solidarias, el derecho de autodeterminación de los pueblos y los derechos de las minorías, o no jurídicas, como las expectativas reivindicadas (pero aún no reconocidas) como derechos por luchas y movimientos a su vez colectivos.

Por lo tanto, si queremos dar cuenta adecuadamente de estos fenómenos, es necesario elaborar una noción de ‘colectivo’ apta para designar las entidades subjetivas formadas por una pluralidad de sujetos individuales y, al mismo tiempo, las entidades objetivas formadas por el conjunto de comportamientos, modalidades y expectativas que son imputables unitariamente a las primeras, sin caer sin embargo en abstracciones organicistas desconectadas de los individuos y comportamientos concretos que constituyen el sustrato material de unas y otras. Una noción semejante y no simple puede ser construida explicitando la doble imputación —a los sujetos individuales y al conjunto de los mismos— de los comportamientos, las modalidades y las expectativas ejemplificadas anteriormente.

Lamaré por tanto ‘colectivo’ a cualquier conjunto de entidades que sea centro unitario de imputación de todo aquello que se imputa singularmente a las entidades que lo integran; así como, por otro lado, a cualquier conjunto de entidades que sea tema unitario de imputación a todos aquellos a los que se imputan singularmente las entidades que lo integran.

D3.8 ‘Colectivo’ es cualquier conjunto que sea centro de imputación unitaria de todo aquello que es imputado a las (o tema de imputación unitaria a todos aquellos que son imputados de las) entidades que lo integran.

(w)(x)(COL_{wx} ≡ (INS_{wx} · (∃z)(∃y)(IMP_{wz} · INS_{zy} · IMP_{yx})))

‘Colectivo’ es por consiguiente un predicado asociable —dada la fungibilidad de ‘imputado de’ e ‘imputado a’ (T3.15)— tanto a una pluralidad de sujetos como a una pluralidad de comportamientos, modalidades o expectativas. En concreto, ‘sujeto colectivo’ es cualquier sujeto que sea imputado de comportamientos, modalidades o expectativas resultantes del conjunto de un determinado número de comportamientos, modalidades o expectativas imputadas singularmente a los sujetos individuales por cuyo conjunto está formado (T3.46); ‘comportamientos’, ‘modalidades’ y ‘expectativas colectivas’ son en cambio todos los imputados a un sujeto consistente en el conjunto de los sujetos individuales imputados a su vez de los comportamientos, modalidades o expectativas individuales de cuyo conjunto están compuestos (T3.47).

- T3.46 $(w)(z)((\text{SOG}_w \cdot \text{COL}_{wz}) \equiv (\text{SOG}_w \cdot (\exists x)(\exists y)(\text{IMP}_{wx} \cdot (\text{COM}_x \vee \text{MOD}_x \vee \text{ASP}_x) \cdot \text{INS}_{xy} \cdot (\text{COM}_y \vee \text{MOD}_y \vee \text{ASP}_y) \cdot \text{IMP}_{yz} \cdot \text{SOG}_z \cdot \text{INS}_{wz})))$ D3.8, T3.18, T3.15, T3.19
- T3.47 $(w)(x)((\text{COM}_w \vee \text{MOD}_w \vee \text{ASP}_w) \cdot \text{COL}_{wx}) \equiv ((\text{COM}_w \vee \text{MOD}_w \vee \text{ASP}_w) \cdot (\exists z)(\exists y)(\text{IMP}_{wz} \cdot \text{SOG}_z \cdot \text{INS}_{zy} \cdot \text{SOG}_y \cdot \text{IMP}_{yx} \cdot (\text{COM}_x \vee \text{MOD}_x \vee \text{ASP}_x) \cdot \text{INS}_{wx})))$ D3.8, T3.18, T3.15, T3.19

El rasgo específico de los fenómenos colectivos relevantes para la deóntica es por tanto el hecho de que un mismo comportamiento, modalidad o expectativa —por ejemplo, una reivindicación, una manifestación de protesta o una votación, o, por otro lado, un derecho de uso de bienes comunales o un derecho de copropiedad— nos remite simultáneamente, según que sean considerados singularmente o en su conjunto, a una multiplicidad de sujetos individuales y al conjunto de los mismos subjetivado. En ellos tenemos dos pares de entidades deónticamente relevantes: un determinado número de individuos singulares, autores de un cierto número de comportamientos y/o titulares de otras tantas modalidades o expectativas individuales, y el sujeto colectivo resultante de su conjunto, al que son imputados el comportamiento, la modalidad o la expectativa resultantes del conjunto de los comportamientos, modalidades y expectativas individuales; o bien un determinado número de comportamientos individuales o de modalidades o expectativas individuales, de los que son autores o titulares otros tantos sujetos individuales, y el comportamiento, la modalidad o la expectativa colectiva resultantes del conjunto de aquéllos e imputados al sujeto colectivo formado por el conjunto de los sujetos individuales¹¹.

Diremos por tanto que el sujeto colectivo implica siempre (es decir, está compuesto por) un determinado conjunto o clase de sujetos individuales: aquellos, justamente, cuyos comportamientos y cuyas modalidades y expectativas generan en su conjunto los comportamientos, modalidades y expectativas que colectivamente le son imputados (T3.46); y que, a su vez, los comportamientos, modalidades y expectativas colectivas implican siempre (es decir, están compuestos por) otros tantos conjuntos o clases de comportamientos, modalidades y expectativas individuales: precisamente aquellos de los que son autores o titulares los sujetos individuales que en su conjunto generan el sujeto que forma su centro de imputación colectiva (T3.47).

Por consiguiente no forman parte de la fenomenología de las modalidades colectivas situaciones como el derecho de reunión, el derecho de asociación o el derecho de huelga. Aunque sólo cabe ejercerlos a través de comportamientos colectivos, tales derechos son en efecto derechos únicamente de la persona, no existiendo sujetos colectivos a los que puedan ser imputados. Las figuras de imputación colectiva son en cambio esenciales, como veremos en los §§ 7.9 y 10.8, para explicar las complejas relaciones deónticas que se dan en otros muchos fenómenos jurídicos: desde las elecciones a las decisiones colegiadas, del derecho de autodeterminación

de los pueblos a las autonomías colectivas, de los bienes comunes de la humanidad a la titularidad de algunos derechos patrimoniales, como por ejemplo los usos comunales de bienes imputados a determinadas colectividades. En efecto, tales fenómenos no son explicables como simples sumas de actos o situaciones individuales. Y menos aún es suficiente, aunque en muchos casos sea necesario, el recurso a la figura de la persona jurídica o artificial: ya sea porque muchos de estos fenómenos no se refieren a personas jurídicas sino a entidades subjetivas carentes de personalidad, ya porque el análisis mismo de muchas personas jurídicas exige que sea explicada su forma ‘colectiva’. En una votación, por ejemplo, no existe sólo una serie de actos de voto individuales, sino también el acto colectivo que resulta de ellos y que es la decisión del colegio de votantes. Del mismo modo, junto al derecho de voto del elector y a las funciones de las que individualmente están investidos los miembros de un órgano colegiado, existen potestades colectivas —aquellas de las que están investidos el cuerpo electoral o el órgano colegiado— distinguibles a su vez de las situaciones singulares que competen a cada uno de sus miembros.

Por otra parte, el fenómeno de los sujetos, de los comportamientos y de las figuras deónticas colectivas también es relevante en el plano extrajurídico. Por eso ha sido identificado y definido en esta primera parte, dedicada a la deóntica. Existen en efecto sujetos colectivos sociales, como los movimientos, las comunidades y las que llama el artículo 2 de la Constitución italiana «formaciones sociales». Existen asimismo comportamientos colectivos, como las manifestaciones, los desfiles y las reivindicaciones sociales. Y existen finalmente figuras deónticas colectivas, como son las pretensiones aún no explícitamente reconocidas y cuya afirmación y positividad como derechos fundamentales son sin embargo reivindicadas por sujetos y comportamientos colectivos: como el derecho a la vivienda, el derecho al agua, el derecho a una información independiente y a la preservación del medio ambiente natural. Estos sujetos, estos comportamientos y estas expectativas son evidentemente fenómenos prejurídicos. Y sin embargo —como se verá en la parte cuarta— constituyen la base social y el sustrato material de la democracia y, al mismo tiempo, los motores de las dinámicas sociales y de las transformaciones políticas e institucionales.

3.8. *Intereses, ventajas y desventajas*

Nuestro postulado P4 utiliza —además de ‘comportamiento’, ‘modalidad’, ‘expectativa’ y ‘sujeto’— un quinto término primitivo: ‘*interés*’. También ‘*interés*’ es un término prejurídico, perteneciente a la teoría deóntica antes que a la teoría del derecho. En el postulado P4 y en las tesis T3.5 y T3.6 fue empleado en un contexto monádico, para afirmar que para todo interés existe alguien que es su sujeto. Pero también se puede hacer uso de él en contextos diádicos, del tipo «Ticio tiene interés

en que sea realizado u omitido tal comportamiento». Es en este segundo contexto, que puede referirse tanto a la comisión como a la omisión de aquello que constituye su objeto, en el que me servirá de él para definir las dos figuras contrapuestas de la ‘ventaja’ y la ‘desventaja’.

D3.9 ‘Ventaja’ es aquello en cuya comisión existe un interés.

$(x)(VANx \equiv (\exists y)INTyx)$

D3.10 ‘Desventaja’ es aquello en cuya omisión existe un interés.

$(x)(SVAx \equiv (\exists y)INTy\perp x)$

Se sigue de ello la oposición entre ventajas y desventajas, en el sentido de que si algo es una ventaja (o es útil o ventajoso) su falta u omisión es una desventaja, y viceversa.

T3.48 $(x)(VANx \equiv SVA\perp x)$

D3.9, D3.10

T3.49 $(x)(SVAx \equiv VAN\perp x)$

T3.48

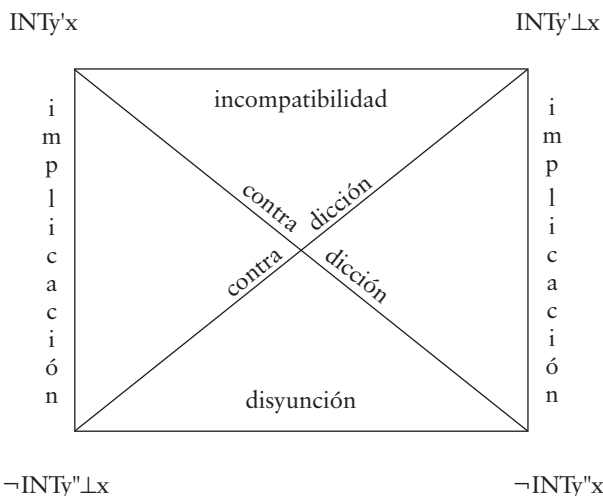
Hago notar de inmediato que lo que es objeto de ‘interés’ —esto es, la ventaja o desventaja— no es necesariamente (la comisión o la omisión de) un comportamiento. Comportamientos y específicamente actos son desde luego el objeto más frecuente de los intereses jurídicamente tutelados y servirán para identificar —en el capítulo X— las que llamaré ‘prestaciones’ y ‘lesiones’. Pero también puede haber interés en objetos de otro tipo: en cosas, en sensaciones (como el placer o el cese de un dolor) o en la titularidad de situaciones o de estatus jurídicos (como la posesión, la herencia, la ciudadanía, etcétera).

‘Interés’, por otra parte, al igual que ‘ventaja’ y ‘desventaja’, no implica necesariamente ni una interpretación subjetivista ni una interpretación objetivista, siendo compatible con ambas: tanto con la subjetivista (aquello cuya existencia o inexistencia es considerada por alguien, con razón o sin ella, *su* interés) como con la objetivista (aquello que se considera objetivamente dañino o ventajoso, cualquiera que sea su percepción subjetiva, de manera que tiene sentido decir de alguien que actúa contra sus propios intereses)¹². Lo único que exige nuestro postulado P4 es que los intereses tengan en todo caso un sujeto (T3.5), no pudiéndose hablar de intereses que no lo son de ningún sujeto (T3.6). Este sujeto podrá ser el mismo sujeto del comportamiento que es objeto del interés o un sujeto distinto; podrá ser un sujeto individual o un sujeto colectivo, o bien una pluralidad o incluso la totalidad de los sujetos. Y hablaremos por consiguiente de intereses propios y de intereses ajenos; de intereses individuales, intereses colectivos e intereses generales; de intereses privados e intereses públicos. Sólo queda excluida la existencia de intereses intrínsecos, impersonales, objetivos o naturales. Incluso la interpreta-

ción objetivista de los intereses nos remite de hecho a los sujetos a los que van referidos: como en las tesis «es conforme a *tu* interés que hagas (o que contra tu voluntad se haga) tal cosa», «va en interés de *todos* que el aire no se contamine» o «que todos paguen los impuestos», etcétera.

Dentro de la esfera de los intereses hay por otra parte dos distinciones que prescinden de cualquier interpretación de los mismos y atienden únicamente a la forma lógica de la relación diádica que mantienen con los comportamientos que son su objeto: en primer lugar, la que media entre interés en (la comisión o la omisión de) un *comportamiento propio* e interés en (la comisión o la omisión de) un *comportamiento ajeno*; en segundo lugar, aquella otra —expresada por las definiciones D3.9 y D3.10— que se da entre interés en la *comisión* e interés en la *omisión* de un comportamiento (propio o ajeno). La primera distinción reproduce, en el plano estructural, la que media entre modalidad (de un comportamiento propio de su titular) y expectativa (de un comportamiento ajeno); la segunda, la que media entre modalidades y expectativas positivas (de la comisión) y modalidades y expectativas negativas (de la omisión). Hablaremos en el primer caso de interés en actuar y de interés en que otro actúe; en el segundo, de interés positivo y de interés negativo. Y por lo tanto, entrecruzando las dos distinciones, tendremos cuatro tipos de interés: el interés en actuar, el interés en no actuar, el interés en que otro actúe y el interés en que otro no actúe. Si a estas cuatro figuras añadimos luego sus negaciones, obtenemos ocho figuras de interés y desinterés, que pueden desplegarse con arreglo a dos cuadrados de oposiciones diferentes —del interés y del desinterés positivo o negativo—, referidos el uno al comportamiento propio y el otro al comportamiento ajeno. Por consiguiente se puede trazar un cuadrado lógico de los intereses, análogo al de las expectativas y susceptible de dos interpretaciones diferentes: ya sea referido a comportamientos propios, ya a comportamientos ajenos (véase la página siguiente).

En virtud de esta analogía con el cuadrado de las expectativas, se podría afirmar a continuación —en las dos interpretaciones que cabe asociar a este nuevo cuadrado, la referida a comportamientos propios y la referida a comportamientos ajenos— que, así como la expectativa positiva implica la no expectativa negativa (T2.55) y la negativa implica la no expectativa positiva (T2.56), así también el interés en la comisión implica el no interés en la omisión y el interés en la omisión implica el no interés en la comisión. Lamentablemente, mientras que las tesis T2.55 y T2.56 acerca de las expectativas son demostrables a partir de los postulados P1 y P3, no puede decirse otro tanto de estas tesis análogas, asimismo obvias, relativas a los intereses. Para demostrarlas y para demostrar al mismo tiempo la incompatibilidad entre ventajas y desventajas, así como entre ‘prestaciones’ y ‘lesiones’, que definiré en el § 10.11, haría falta disponer de un postulado al efecto $-(y)(INTyx \rightarrow \neg INTy\perp x)$ —que sin embargo no he introducido, por simples razones de economía, al no tener por ahora ocasión de utilizarlo en esta teoría.



Más allá de esta analogía estructural, no hay ningún nexo necesario entre intereses, modalidades y expectativas. Los intereses —ya sean positivos o negativos, en comportamientos propios o en comportamientos ajenos— pueden estar o no asociados tanto a modalidades como a expectativas. Son en efecto posibles tanto el interés en realizar como el interés en omitir comportamientos facultativos, obligatorios o prohibidos; tanto el interés en que otro realice como el interés en que otro omita comportamientos que no constituyen el contenido de ninguna expectativa al ser facultativos para los demás; tanto, por último, el interés en que otro realice —como en el caso de los cumplimientos— como el interés en que otro omita —como en el caso de las sanciones— los comportamientos que son objeto de expectativa. ‘Modalidades’ y ‘expectativas’ son en efecto figuras puramente deónticas, carentes en sí mismas de cualquier connotación sustancial de tipo utilitario.

Ello no disminuye la enorme relevancia teórica de esta categoría. Como veremos en la parte tercera, muchas situaciones jurídicas serán definidas y diferenciadas también a partir de los tipos de interés asociados a ellas. Los *poderes*, por ejemplo, se diferenciarán en *potestades* y *funciones* según que su ejercicio vaya en interés de su titular o en interés ajeno (D10.7, D10.6), por ejemplo del representado; y en *públicos* y *privados*, dependiendo del carácter público (o de todos) o privado (o de individuos determinados) de los intereses perseguidos a través de su ejercicio (D11.38, D11.39). Los *deberes*, al menos en los ordenamientos liberales, generalmente van en interés de otros, a saber, de los titulares de los derechos y de las expectativas correspondientes. Pero no faltan, por ejemplo en el ordenamiento italiano, deberes impuestos en interés propio: por ejemplo, el deber de los motociclistas de llevar casco y el de los automovilistas de hacer uso del cinturón de seguridad al circular.

Por el contrario, los *derechos subjetivos* son siempre en interés de sus titulares e incluso serán definidos —en el capítulo X— justamente por la conjunción de intereses y expectativas (D10.20): ya sean ‘derechos a’ o ‘positivos’ (en tanto que intereses y a la vez expectativas de la comisión de actos ventajosos, es decir, de prestaciones ajenas), o ‘derechos de’ o ‘negativos’ (en tanto que intereses y a la vez expectativas de la omisión de actos desventajosos, esto es, de lesiones o impedimentos por parte de otros). Finalmente, la responsabilidad por actos ilícitos será definida, contrariamente a los derechos, como expectativa positiva de (o exposición o sujeción a) un acto desventajoso, como es la imposición de una sanción, obviamente contraria a los intereses del sujeto al que se le impone.

3.9. Las cosas y los objetos

Los comportamientos, además de tener sujetos, pueden tener también objetos. Eso es lo que son las *cosas*, que definiré como los *objetos* de posibles comportamientos dirigidos a su utilización: dicho de otro modo, los objetos ventajosos, en el sentido de que los comportamientos que los tienen por objeto reflejan el interés de sus autores.

D3.11 ‘Cosa’ es aquello que puede ser objeto de un comportamiento dictado por un interés de su autor.

(w)(COAw \equiv M(\exists x)(\exists y)(\exists z)(OGGwx · COMx · INTyx · AUTzx))

‘Cosa’ designa por tanto un concepto por un lado más extenso que el de «cosa jurídica» o «bien» —al igual que ocurre con ‘comportamiento’, ‘modalidad’ y ‘sujeto’ respecto a los correspondientes términos jurídicos ‘acto’, ‘situación’ y ‘persona’—, pero por otro lado más restringido. ‘Bien’, según la definición que daré del mismo en el § 7.11, es en efecto todo aquello (y sólo aquello) que está provisto de valor o de relevancia jurídica como posible objeto de un derecho y más en general de una situación jurídica (D7.19). Existen por lo tanto cosas que no son bienes, como las estrellas, pero también bienes que no son cosas, como los llamados ‘bienes inmateriales’ (D7.21).

A diferencia de los bienes, las cosas no siempre son objeto de derechos. ‘Cosa’, en efecto, designa cualquier entidad, provista o desprovista de relevancia jurídica, que por su utilidad y accesibilidad pueda ser objeto de comportamientos: no sólo los bienes, sino también cualquier otro objeto del mundo físico —como la energía solar, el aire de la atmósfera, la arena y el agua del mar— que sea utilizable por el hombre aunque no sea el contenido ni de situaciones jurídicas ni de actos de intercambio ni de normas que establezcan su indisponibilidad¹³. Pero aunque sea genérica, esta noción de ‘cosa’ —perteneciente a la teoría deóntica antes que

a la teoría del derecho— es sin embargo más restringida que la que se usa en el lenguaje común¹⁴. Decir que las cosas son siempre posibles objetos de comportamientos interesados en ellas significa en efecto limitar su extensión sólo a aquellos objetos físicos sobre los que un sujeto pueda (o deba) obrar (o no obrar) en virtud de una facultad, una prohibición o una obligación y de las expectativas correspondientes (T3.50):

$$\begin{aligned} \text{T3.50 (w)} & (\text{COAw} \rightarrow \text{M}(\exists x)(\exists y)(\exists z)(\text{OGGwx} \cdot \text{AUTzx} \cdot \text{COMx} \cdot \text{ATZxy} \cdot \\ & (\text{FACyx} \vee \text{OBLyx} \vee \text{DIVyx} \vee \text{ASPyx} \vee \text{ASPy}\perp x))) \\ & \text{D3.11, T3.12, P2, T2.17, T2.75} \end{aligned}$$

De ello se sigue que no son cosas las entidades que no pueden ser utilizadas como objeto de comportamientos: como las nubes, o las estrellas, o un fundo situado en la Luna. Lo son en cambio todos los bienes materiales (D7.20): desde los bienes patrimoniales, ya sean muebles o inmuebles, cuya disponibilidad está ligada a la de los derechos patrimoniales de los que son objeto (D11.19, D11.27), pasando por los bienes que llamaré ‘fundamentales’ (D11.28), de los que por el contrario está prohibida la disposición a causa de la indisponibilidad de los derechos fundamentales de los que son objeto (T11.84), hasta llegar a los que llamaré ‘bienes ilícitos’ en razón de la estipulación como ilícitos de su producción y/o posesión y/o intercambio (D11.33). Pero lo son también todas las cosas accesibles y disponibles para todos, como el aire, el calor del sol o los peces del mar. Finalmente, no son cosas los sujetos (T3.51)—y menos aún, como se dirá, las personas (T7.18)—, que con arreglo al postulado P5 no son nunca objetos en el sentido aclarado en el § 3.1.

$$\text{T3.51 (z)} (\text{SOGz} \rightarrow \neg \text{COAz}) \quad \text{D3.11, P5}$$

Llamaré a continuación ‘uso’ al comportamiento que utiliza una cosa:

D3.12 ‘Uso’ es cualquier comportamiento con el que su autor utiliza como objeto una cosa.

$$(x)(w)(\text{USOxw} \equiv (\exists z)(\exists y)(\text{COMx} \cdot \text{AUTzx} \cdot \text{INTyx} \cdot \text{OGGwx} \cdot \text{COAw}))$$

‘Uso’ es, por consiguiente, una noción extensísima, que comprende cualquier forma de utilización de las cosas: no sólo su goce, esto es, su uso en sentido estricto, sino también el trabajo dirigido a transformarlas y su intercambio por otras cosas, ya sean objetos consistentes en cuerpos físicos, observables y tangibles, u objetos utilizables de un modo u otro, como por ejemplo la energía eléctrica. Se sigue de ello que las cosas no son sino aquello de lo que es posible el uso, o que es utilizable (T3.52) por un sujeto (T3.53): ya se trate de bienes patrimoniales, de bienes fundamentales como las *res communes omnium*, de bienes demaniales, de bienes ilícitos o de *res nullius*. No son cosas, por el contrario, los objetos

inutilizables porque su uso es imposible (T3.54). Consiguientemente los sujetos, al no ser cosas (T3.51), no pueden ser usados —según la máxima kantiana— como medios para fines de otros (T3.55).

T3.52 (w)(COAw \equiv M(\exists x)USOxw)	D3.11, D3.12
T3.53 (w)(COAw \equiv M(\exists x)(\exists z)(USOxw \cdot SOGzx))	T3.52, D3.12, T3.1
T3.53 (w)(OGGw \rightarrow (\neg M(\exists x)USOxw) \equiv \neg COAw))	T3.52
T3.54 (w)(SOGw \rightarrow \neg M(\exists x)USOxw)	T3.51, T3.52

‘Cosa’ es en definitiva cualquier entidad «útil», es decir, «utilizable» por un sujeto. Por un lado, como se ha dicho, no son ‘cosas’ todos los cuerpos físicos cuyo uso es imposible, como los cuerpos celestes o los minerales situados en el centro de la tierra (T3.54). Por otro, se aclara la diferencia ya apuntada entre ‘cosas’ y ‘bienes’. Si por una parte no son cosas, al no ser directamente objeto de comportamientos sino sólo de derechos, los que en el § 7.11 serán llamados ‘bienes inmateriales’ (D7.21), por otra parte las cosas son, además de los que llamaré ‘bienes materiales’ (D7.20), todos los objetos utilizables de un modo u otro, comprendidos los accesibles al uso de todos, como el aire, el agua de lluvia o los animales en estado salvaje. Son bienes, en cambio, sólo aquellas cosas que, además de posibles objetos de uso, son también posibles objetos de situaciones jurídicas, esto es, de derechos (de uso y/o de disposición) o de prohibiciones (de enajenación, o bien de producción, posesión o intercambio). De ahí la pertenencia de los conceptos de ‘cosa’ y de ‘bien’ a dos partes distintas de la teoría: el uno a la teoría de la deóntica, el otro a la teoría del derecho.

Desde ahora, en cualquier caso, se puede hacer notar que la distinción anticipada aquí informalmente entre ‘bienes patrimoniales’ y otras ‘cosas’ (incluidos los bienes fundamentales) reproduce en parte las clásicas distinciones romanistas entre *res in patrimonium* y *res extra patrimonium* y entre *res in commercium* y *res extra commercium*¹⁵. Por otro lado, evoca la distinción marxiana entre «valores de uso» y «valores de cambio»: en el lenguaje de Marx, se puede decir en efecto que las cosas son todas aquellas entidades y sólo aquellas que tienen (solamente) un «valor de uso» (en el sentido, formalizado por la tesis T3.52, de que «pueden ser usadas»); mientras que los bienes patrimoniales son sólo las cosas que además de un «valor de uso» tienen también un «valor de cambio» (en el sentido de que, como veremos en los §§ 11.7, 11.8 y 11.10, es posible disponer de ellas, es decir, adquirirlas o venderlas).

Es claro que la caracterización de un objeto como ‘cosa’ o como ‘bien’, y de un bien como ‘patrimonial’ o como ‘fundamental’, es siempre un hecho histórica y socialmente determinado. Una historia social y jurídica de las cosas y de los bienes mostraría que a lo largo del tiempo, en virtud del progreso tecnológico y por otra parte de la progresiva valorización de las cosas, una cantidad creciente de *objetos* de la naturaleza se han convertido en ‘cosas’, al haberse descubierto o haberse

hecho técnicamente posible su utilización (piénsese en muchas materias primas); que una cantidad creciente de *cosas* se han convertido (o mejor, sería deseable que se convirtieran) en *bienes*, al haber cesado su disponibilidad ilimitada (piénsese en las tierras sin cultivar y en sus frutos); y que una cantidad creciente de *cosas* y de *bienes*, muchos de ellos patrimoniales, se han convertido (o sería justo que se convirtieran) en *bienes fundamentales*, al haberse puesto de manifiesto su vulnerabilidad y su carácter irreproducible y por consiguiente la necesidad de sustraerlos a la apropiación privada y de garantizar su disfrute a todos (piénsese en el agua y el medio ambiente), o, por el contrario, sólo a los sujetos a los que pertenecen (como las partes del cuerpo humano). También es evidente que los descubrimientos de nuevas cosas y la valorización de nuevos bienes están llamados a seguir desarrollándose con el tiempo. Por otra parte, la originaria inapropiabilidad e indisponibilidad natural de muchos objetos se ha convertido, a resultas de su conseguida y experimentada apropiabilidad tecnológica, en inapropiabilidad e indisponibilidad jurídicas dirigidas a asegurar su conservación. Y a la inversa, la originaria apropiabilidad y disponibilidad natural de muchas cosas —como el agua potable, que sólo en los países más ricos es todavía accesible a todos— está llamada a convertirse, por su escasez, en una disponibilidad que sólo podrá ser garantizada a todos si se regula su transformación en bienes fundamentales.

En cuanto a las relaciones generalísimas entre ‘cosas’ y ‘sujetos’ expresadas por la tesis T3.53, serán precisadas en el transcurso de la teoría por referencia a los distintos tipos de relaciones entre ‘personas’ y ‘bienes’. Será posible definir entonces, en correlación a los bienes patrimoniales, las diferentes figuras de derechos reales (D11.20), como la posesión y la propiedad; y, en correlación a las diversas figuras de derechos fundamentales, los distintos tipos de bienes fundamentales, como los bienes comunes, los bienes personalísimos y los bienes sociales (D11.28-D11.31). Podremos distinguir además los bienes patrimoniales no sólo de los bienes fundamentales, sino de todas las demás cosas a partir del hecho de que mientras que los primeros, al estar dotados no sólo de valor de uso sino también de valor de cambio, están destinados a la esfera privada del mercado (D11.37) y suponen poseedores «exclusivos» (es decir, el *jus utendi et excludendi alios*), las demás, al estar dotadas sólo de valor de uso, no suponen poseedores exclusivos, son utilizables por todos y pertenecen, en línea de principio, a la esfera pública (D11.36).

NOTAS

1. Sobre estas figuras arcaicas de responsabilidad y sobre los testimonios que de las mismas se ofrecen en la Biblia y, por otro lado, en Demóstenes y Platón, remito a mi *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2009, § 35.1, pp. 487 ss. y 522-526. Demóstenes, en particular, habla de un

«cuarto tribunal» —junto al Areópago, el Paladio y el Delfinio (competentes respectivamente para los delitos voluntarios, los culposos y los involuntarios)—, «el del Pritaneo. ¿Y éste qué es? Si una piedra, un leño, un trozo de hierro o algo similar, cayendo sobre alguien, lo golpea, y se desconoce quién lo arrojó y sólo se conoce y se tiene el objeto que ha causado el homicidio, ante ese tribunal se presenta querella judicial contra esos objetos» («Contra Aristócrates», en *Discursos políticos*, trad. cast. y ed. de A. López Eire, vol. III, Gredos, Madrid, 1985, § 76, p. 46). Por otra parte, hoy se habla a menudo de «derechos de los animales» (cf., *infra*, la nota 8 del capítulo VII) e incluso, de manera totalmente impropia, de «derechos de la naturaleza».

2. Como se ha dicho en los Preliminares, ‘objeto’ es un concepto extremadamente genérico, utilizado en esta teoría como una especie de signo conectivo que designa las distintas relaciones que se dan entre comportamientos, modalidades (expectativas o estatus), sujetos y cosas y que por ello mismo, en razón de su inevitable indeterminación, se asume como primitivo. Su único rasgo distintivo, enunciado por el postulado P5, es su incompatibilidad con ‘sujeto’. Por lo demás, confirma esta indeterminación la heterogeneidad de significados con los que aparece en el léxico jurídico en los contextos más diversos: como «objeto del delito», «objeto del (o de) derecho», «objeto de derechos», «objeto jurídico», «objeto de la relación jurídica», «objeto del negocio», «objeto del contrato», «objeto de la obligación civil», etc. Recuérdense, por ejemplo, A. Rocco, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena* [1913], trad. cast. de G. Seminara, *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal: contribución a las teorías generales del delito y de la pena*, B de F, Montevideo, 2001; S. Pugliatti, *Istituzioni di diritto civile*, vol. IV, *L'oggetto del diritto*, Giuffrè, Milano, 1937; C. Maiorca, *L'oggetto dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1939; F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, ³1951, § 44, que lleva por título «Objeto jurídico» (o «lo que se observa del derecho»), pp. 107 ss. [existe una trad. cast. de C. G. Posada de la 1.^a ed. de 1940, *Teoría general del Derecho*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941, que difiere en muchos puntos de la 3.^a ed. que cita el autor, razón por la cual se mantienen en lo sucesivo las referencias del original a esta última edición italiana]; L. Mengoni, «L'oggetto dell'obbligazione»: *Jus* (1952), 184 ss.; R. Franceschelli, «L'oggetto del rapporto giuridico»: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* I/2 (1957); P. Locatelli, «Oggetto dei diritti», en *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Torino, vol. XI, 1965, pp. 779-799; N. Irti, «Oggetto del negozio giuridico», *ibid.*, pp. 799-806; D. Messinetti, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Giuffrè, Milano, 1970; Íd., «Oggetto dei diritti», en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, vol. XXIX, 1979, pp. 808-827; C. A. Cannata, «Oggetto del contratto», *ibid.*, pp. 827-830.

3. I. Kant, «Principios metafísicos de la doctrina del derecho», parte II, sec. I, § 49.E, en *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 166; Íd., «Principios metafísicos de la doctrina de la virtud», parte II, § 38, *ibid.*, p. 335: «El hombre no puede ser utilizado únicamente como un medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad (la personalidad)». La misma contraposición axiológica entre personas y cosas fue expresada por Cesare Beccaria: «No hay libertad cuando las leyes permiten que en algunas circunstancias el hombre deje de ser *persona* y se convierta en *cosa*» (*Dei delitti e delle pene* [1766], *De los delitos y de las penas*, ed. bilingüe al cuidado de P. Andrés Ibáñez, § XX, Trotta, Madrid, 2011, pp. 184 y 185).

4. G. H. von Wright, *Norma y acción. Una investigación lógica*, Tecnos,

Madrid, 1970, cap. I, 5, p. 27: «las prescripciones son órdenes o permisos dados por alguien desde una posición de autoridad a alguien en una posición de sujeto»; E. Bulygin, «Sobre las normas de competencia» [1988], en C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 493: «Las prescripciones o regulaciones es [sic] lo que propongo llamar *normas de conducta*, esto es, órdenes (mandatos), prohibiciones y permisiones». En el mismo sentido, véanse G. Carcaterra, *Lezioni di filosofia del diritto. Teoria del diritto positivo. Fondazione dei valori etici*, Bulzoni, Roma, 1994, pp. 84 ss., y R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, § 19, pp. 24-28.

5. H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 2ª 1958, 2.ª reimp. 1979, parte I, IX, C, f), p. 117. Sobre esta noción se trazará en el § 7.1 la de ‘sujeto jurídico’, que definiré como «todo aquel que sea centro de imputación de actos o situaciones jurídicas» (D7.4). Más restringida será en cambio la noción que aquí se proponga de ‘persona’, que definiré como el sujeto que en virtud de la personalidad que le es conferida por normas jurídicas puede ser no sólo imputado, sino también autor de actos y/o titular de situaciones (D7.3, T7.5). Añado que el término ‘imputación’ se usa aquí en un sentido más amplio que el que da Kelsen a ese mismo término y que el de «adscricción» tal y como lo utiliza H. L. A. Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights* [1948-1949], trad. it. de V. Frosini, «L’ascrizione di responsabilità e di diritti», en H. L. A. Hart, *Contributi all’analisi del diritto*, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 5-36. Hart, en efecto, utiliza «adscricción» sólo para designar la atribución al sujeto de situaciones y, más específicamente, de derechos. Kelsen, en cambio, usa «imputación» y «adscricción» para designar únicamente la atribución al sujeto del comportamiento y, más específicamente, del comportamiento ilícito (*Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., parte I, VIII, pp. 107-108; Íd., *Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1979, § 24, pp. 113 ss. y § 30, p. 157). Según la noción aquí propuesta, por el contrario, ‘imputación’ designa el nexo no sólo entre el ilícito y el sujeto que es autor del mismo, sino, en términos más generales, entre cualquier comportamiento, modalidad o expectativa y el sujeto que es autor del uno y/o titular de las otras. Así, se dirá no sólo que un comportamiento, sino también que un derecho, una prohibición, una obligación, una potestad o una función son imputados a un sujeto; que, como ocurre en el fenómeno de la representación, un comportamiento puede ser imputado también a un sujeto distinto de su autor, con tal que sea titular de la modalidad de la que dicho comportamiento es actuación; y que a su vez esa modalidad puede ser imputada también a un sujeto diferente de su titular, cuando sea autor de su actuación.

6. Aunque el concepto general de «garantía» sea extraño al pensamiento y al léxico jurídico romanista, el derecho romano conocía casi todas las principales formas negociales dirigidas a asegurar el cumplimiento de la obligación: tanto las garantías reales del *pignus* y de la *hypotheca* como las personales de la *sponsio*, la *fidepromissio* y la *fideiussio*. El término «garantía» es de origen germánico y deriva del alemán antiguo *waren* o *waeren*, de donde provienen las expresiones italianas *guarentire* y *guarentigia*. La elaboración de la categoría dogmática de las garantías de las obligaciones es en cambio obra de la pandectística alemana decimonónica. Sobre todo esto, cf. M. Fragali, «Garanzia: Premessa», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XVIII, 1969, pp. 446 ss.

7. Las obligaciones civiles que son objeto de garantía son de lo más heterogéneo. Me limito a recordar las garantías de la solvencia del deudor (arts. 1267 y 1641 del Código Civil italiano) y del cumplimiento del contrato (art. 1410 C.C. it.); las de la validez del contrato y de la existencia del crédito en la ce-

sión del uno o del otro (arts. 1410 y 1266 C.C. it.); la garantía por evicción o por vicios ocultos de la cosa vendida en la compraventa (arts. 1476.3.º, 1483 y 1490-1497 C.C. it.); la garantía del buen funcionamiento de la cosa vendida (art. 1512 C.C. it.); la garantía del disfrute pacífico de la cosa arrendada (art. 1575.3.º C.C. it.). En todos estos supuestos se trata de obligaciones civiles accesorias —pero en cualquier caso de ‘obligaciones’, según la noción bastante más amplia de las mismas que propondré con D3.5— de las obligaciones civiles garantizadas.

8. La primera aparición, aunque sea extemporánea, de la palabra «garantismo» —como ha señalado P. Andrés Ibáñez, «Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción», en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2009, p. 59— se remonta tal vez a Guido De Ruggiero, *Storia del liberalismo europeo* [1925], trad. cast. de C. G. Posada, ed. a cargo de J. L. Monereo, *Historia del liberalismo europeo*, Comares, Granada, 2005, Introducción, § 7, p. 53, que la utiliza, con referencia a Montesquieu, para subrayar su tendencia a «particularizar y, por tanto, a atemperar las abstractas afirmaciones de la libertad, revelando las condiciones de tiempo, de lugar y de modo en que aquélla efectivamente tenía realización. He aquí, sin duda, un impulso espontáneo hacia el llamado régimen de garantías [N. del T.: la versión castellana de *Storia del liberalismo europeo* que se está citando traduce como «régimen de garantías» el término «*garantismo*» del original italiano, que es al que se está refiriendo L. Ferrajoli], esto es, a la concepción de las garantías de la libertad, en vez de los formales y con frecuencia ineficaces enunciados de su esencia ideológica». La palabra «llamado» que se asocia a «garantismo» hace suponer quizá un uso de la expresión que se remonta aún más atrás en el tiempo. Sobre el significado de «garantismo», cf. también G. Tarello, «Due volti del garantismo: difesa delle libertà e conservazione degli assetti economici» [1980], en S. Castignone (ed.), *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 1989, pp. 345-350. En *Derecho y razón*, cit., cap. XIII, distinguí tres significados de garantismo: como modelo de derecho (identificable con el «estado constitucional de derecho»), como teoría jurídica (de la validez como categoría diferente de la vigencia) y como filosofía política (de la fundamentación ‘heteropoyética’ y utilitarista del Estado y de las demás instituciones políticas, en tanto que instrumentos dispuestos para la tutela de los derechos estipulados en el pacto constitucional y no como fines o valores en sí mismos). Después he redefinido las ‘garantías’, diferenciándolas en ‘primarias’ y ‘secundarias’, en «Garanzie» [1999], trad. cast. de G. Pisarello y A. de Cabo, «Garantías», en L. Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, ed. a cargo de M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2010, pp. 60-76.

9. Son los dos significados «distintos, por no decir contrapuestos» indicados por S. Galeotti, «Garanzia costituzionale», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XVIII, 1969, pp. 490-511, que considera no obstante que, al formar el instituto de la revisión constitucional una unidad con la rigidez de la constitución, es lógicamente imposible que aquél sea también una garantía de ésta (*ibid.*, p. 495). En mi opinión, por el contrario —como mostraré en los §§ 12.10, 12.14, 13.17 y 13.18—, la rigidez es un rasgo de la constitución ligado a su colocación en el vértice de la jerarquía normativa, de manera que las constituciones son rígidas por definición, en el sentido de que una constitución no rígida no es en realidad una constitución sino una ley ordinaria. En este sentido es un rasgo estructural de la constitución, que se identifica con su grado supraordenado a cualquier otra fuente del ordenamiento que ella constituye. Y sirve para conferir, en particular a los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, el carácter de

expectativas complejas, a las que corresponden dos órdenes de garantías: por un lado, la garantía positiva consistente en la obligación de su actuación por obra de la legislación ordinaria; por otro, la garantía negativa consistente en la prohibición de derogar las normas constitucionales con la ley ordinaria. Esta segunda garantía se identifica con la obligación de un procedimiento especial para la revisión constitucional, que por un lado es la norma de reconocimiento de la rigidez y concretamente, según que el procedimiento de revisión sea más o menos gravoso, del grado de rigidez de una constitución, pero por otro es precisamente una garantía de la rigidez misma en el sentido aquí definido, que caracterizaré en el § 13.18 como «garantía constitucional primaria»; mientras que el control jurisdiccional de constitucionalidad, al intervenir en caso de violación de la garantía constitucional primaria, será caracterizado allí como «garantía constitucional secundaria».

10. Ch. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1972, lib. XI, cap. 6, p. 152.

11. La expresión «sujeto colectivo» es usada por Francesco Messineo como sinónimo de «persona jurídica» en sentido lato, o de «ente» o «asociación», es decir, para designar «la unificación (*reductio ad unum*) de una pluralidad de personas físicas (*comunione personificata*)» (F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale* [1939], Giuffrè, Milano, 1957, vol. I, § 20, pp. 274 ss.). Aquí se usa en cambio en un sentido distinto y más extenso, como término de la teoría deóntica y no sólo de la teoría del derecho, referido tanto a los sujetos como a los comportamientos y a las figuras deónticas colectivas. En particular, servirá para definir los conceptos jurídicos de ‘pueblo’ (D7.16) y después de ‘votación’ (D10.13) y ‘elección’ (D10.15). Sobre las acciones de los sujetos colectivos, cf. L. G. Lindahl, *Position and Change. A Study in Law and Logic*, D. Reidel, Dordrecht, 1977. Sobre la variada tipología de los actos plurisubjetivos y plurilaterales —«actos colectivos» y «actos colegiados» basados en el principio mayoritario; «actos complejos» o «compuestos», «acuerdos» y «negocios plurilaterales», basados en cambio en la convergencia de manifestaciones de voluntad individuales—, cf. F. Messineo, *op. cit.*, vol. I, § 35, 2, pp. 468-470.

12. En esta segunda interpretación, de tipo objetivista, la noción de interés constituye la base axiológica, por ejemplo, del principio de lesividad penal, a partir del presupuesto de que un acto determinado —como el hurto o el homicidio, pongamos por caso— debe ser castigado porque (y sólo porque) daña al que lo sufre. Para un análisis óptimo del concepto de «interés», cf. J. C. Bayón Mohino, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 114-127. Cf. también E. Betti, «Interesse (teoria generale)», en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., vol. VIII, 1962, pp. 838-840 y, sobre la historia del concepto en el pensamiento jurídico, A. Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche. Parte prima: il concetto di diritto* [1975], Giuffrè, Milano, 1996, cap. II, sec. II, § 2, III, pp. 155-229.

13. Alessandro Doveri, por ejemplo, define «cosa» como «todo cuerpo desprovisto de razón, limitado, susceptible de ser sometido al poder del hombre, del que el hombre puede servirse como medio para conseguir sus fines» (*Istituzioni di diritto romano*, Le Monnier, Firenze, 1866, vol. I, lib. II, sec. I, p. 381). Una definición más restringida, en razón de la referencia al «dominio» sobre la cosa, que parece aludir solamente a los bienes patrimoniales, es la ofrecida por F. De Martino, «Dei beni in generale», en A. Scialoja y G. Branca (eds.), *Commentario del codice civile*, lib. III, *Della proprietà*. Artt. 810-956, Zanichelli, Bologna, 1960, p. 1: «Cosa es cualquier parte del mundo externo susceptible de entrar en una relación económica con el hombre, de modo que pueda quedar sujeta a

su dominio». Lo mismo cabe decir, como consecuencia del rasgo de la exclusividad, de la noción sugerida por David Messinetti: «Son ‘cosas’ las entidades (o porciones) de la realidad natural que son susceptibles de disfrute de manera exclusiva» («Oggetto dei diritti», cit., p. 815). Por otra parte, a veces se entiende «cosa» como una noción «pre-jurídica»: en ese sentido, Pugliatti, «Immobili e pertinenze nel progetto del secondo libro del codice civile» [1938], en Íd., *Beni immobili e beni mobili*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 192; O. T. Scozzafava, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Giuffrè, Milano, 1982, cap. I, § 2, pp. 33 ss.

14. Para una reconstrucción analítica del concepto de «cosa física» por referencia a sus coordenadas espacio-temporales, así como para los diversos tipos de relación que cabe establecer entre «puntos» y entre «regiones espacio-temporales», remito a R. Carnap, *Introduzione alla logica simbolica*, La Nuova Italia, Firenze, 1978, § 39a, pp. 246-251.

15. En el léxico romanista las *res in patrimonio*, también llamadas *bona o pecunia* (fr. 5, Dig. de verb. signif., L, 16) eran las cosas que pueden ser objeto de propiedad privada, «y por eso llámanse *res privatae*, *res singulorum*» (A. Doveri, op. cit., p. 391). Las *res extra patrimonium* (y *extra commercium*, en el sentido de que *non est commercium earum*) eran por el contrario, además de las *res publicae* (es decir, las calles, ríos públicos, etc., que hoy llamamos «bienes demaniales»), todas las *res communes omnium* (entre las que se incluían también las *res nullius*), como tales no *privatae* en tanto que de uso común. En el derecho romano, por otra parte, las cosas se distinguían en *res corporales* y *res incorporales*, incluyéndose en las primeras las cosas perceptibles por nuestros sentidos y en las segundas los *iura in re aliena* e incluso las *obligationes* en tanto que pertenecientes al patrimonio: «Corporales hae quae tangi possunt, velut fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res innumerabiles. Incorporales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae in iure consistunt, sicut hereditas usufructus obligationes quoquo modo contractae» [*Corporales* (son) estas cosas que pueden tocarse, como un fundo, un hombre, un vestido, el oro, la plata y, en fin, otras innumerables cosas. *Incorporales* son las que no pueden tocarse, cuales son las que se basan en el derecho, tal como la condición de heredero, el usufructo, las obligaciones contraídas de cualquier modo] (Gayo, 2, 12-14; D 1, 8, 14); que es una distinción análoga a la actual entre «bienes materiales» y «bienes inmateriales», de la que hablaré en el § 7.11. Sobre las cosas en el derecho romano y sus diversas tipologías la literatura romanista es inabarcable. Me limito a recordar P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, vol. II, *La proprietà*, Sampaolesi, Roma, 1926; Íd., *Scritti giuridici vari*. II. *Proprietà e servitù*, Utet, Torino, 1926; así como el hermoso libro de M. Bretone, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Laterza, Roma-Bari, 1998.

IV

LOS PRECEPTOS, LAS PRESCRIPCIONES Y LAS REGLAS

4.1. *Signos y significados prescriptivos*

Los términos ‘precepto’, ‘prescripción’, ‘mandato’, ‘regla’, ‘norma’ y otros por el estilo suelen ser usados en múltiples sentidos y contextos: para designar el *acto* con el que se expresa una prescripción, el *signo* o conjunto de signos que la expresan, o su contenido o *significado* prescriptivo. Considérese como ejemplo una señal de tráfico que indica prohibición de aparcar: la prescripción asociada a ella puede identificarse con el acto mediante el cual se ha adoptado y colocado la señal, o con la señal misma, o con la prohibición que constituye su significado prescriptivo. Lo mismo puede decirse de una ley, de una sentencia o de un negocio jurídico, cuyas prescripciones pueden identificarse con los actos por medio de los cuales han sido producidas, con los documentos en los que están expresadas o con los significados que expresan.

Al análisis del lenguaje le compete distinguir estos tres diversos significados y proponer el uso de nombres diferentes para cada uno de ellos, a fin de evitar insidiosas confusiones conceptuales. Siguiendo una distinción sugerida por Giovanni Tarello, podemos afirmar que el acto mediante el cual, en nuestros ejemplos, se coloca la señal de tráfico (o se promulga la ley, se dicta la sentencia o se estipula el negocio jurídico) es una «*enunciación*»; que el signo que lo expresa (la señal, o el texto de la ley, de la sentencia o del negocio) es un «*enunciado*» o un conjunto de enunciados; y que el significado que se le atribuye en virtud de una determinada interpretación es una «*proposición*» y más exactamente, cuando se trata de usos prescriptivos del lenguaje, una «*norma*»¹ o, en términos más generales —como se dirá aquí—, una «*prescripción*»².

Para los fines de esta teoría bastará con distinguir entre los actos de enunciación o de producción de los enunciados preceptivos*, a los que llamaré *signos (con función preceptiva)*, y las prescripciones que éstos expresan o producen, a las que llamaré *significados (prescriptivos)*³: en nuestro ejemplo, entre la señal de prohibición colocada en una calle y la

prohibición prescrita por ella. La eficacia (en el sentido de «causalidad jurídica» que será estipulado por medio de la definición D5.3), así como la vigencia y la validez formal, serán predicables de los signos y al mismo tiempo de los actos preceptivos y de las formas de su producción; mientras que la efectividad, así como la validez sustancial, serán predicables de las prescripciones, esto es, de los contenidos o significados prescriptivos producidos.

‘Significado prescriptivo’ es un término primitivo, que ya fue introducido en el § 3.2 con el postulado P6, según el cual las modalidades, las expectativas, los estatus y las reglas son *significados* de algo usado con función preceptiva.

P6 *Modalidades, expectativas, estatus y reglas suponen la existencia de algo de lo que son significados prescriptivos.*

$$(y)((\text{MOD}y \vee \text{ASP}y \vee \text{ST}Ay \vee \text{REG}y) \rightarrow (\exists x)\text{SIG}yx)$$

Lamaré a ese «algo» ‘*signo (con función preceptiva)*’, o más sencillamente ‘*signo*’. Y lo definiré como todo aquello que tenga un significado (prescriptivo):

D4.1 ‘*Signo*’ es todo aquello que tenga al menos un significado.

$$(x)(\text{SEG}x \equiv (\exists y)\text{SIG}yx)$$

Ya he subrayado la importancia del postulado P6, que expresa la naturaleza lingüística de los sistemas deónticos y por tanto también del derecho, que con arreglo a dicho postulado queda configurado como un mundo de signos y significados. La existencia de signos con función preceptiva constituye por otra parte, junto a los comportamientos y a los sujetos, la referencia o base empírica de cualquier teoría deóntica y en particular de la teoría del derecho: diremos que todo signo (o enunciado) preceptivo «existe» junto con el acto que es su enunciación.

Más problemática es la «existencia» de los significados. ¿En qué sentido decimos que un significado prescriptivo —por ejemplo una obligación, una prohibición o una norma jurídica— «existe»? Sin entrar en las cuestiones ontológicas que están tras esa pregunta de fondo⁴, aquí bastará con afirmar que un significado de esa clase existe en el sentido de que es asociado (o asociable) a un signo por un intérprete. El concepto primitivo de ‘significado prescriptivo’ —y consiguientemente los de modalidad, expectativa, estatus y regla— remite por tanto al de «interpretación» del signo al que está asociado: diremos que un significado prescriptivo —ya sea una modalidad, una expectativa, un estatus o una regla— «existe» si y sólo si es asociado a un signo por un intérprete. En caso contrario no podrá hablarse ni de signo ni de significado. Naturalmente en sede interpretativa es posible dar de un signo más de un significado⁵. En el

mundo del derecho, en particular, las interpretaciones de unos mismos signos varían en el tiempo y en el espacio según los intérpretes y las circunstancias. Lo que exige nuestra definición de ‘signo’ es simplemente que todo signo (con función preceptiva) admita al menos un significado prescriptivo (es decir, una interpretación) (T4.1) y que todo significado (o interpretación) remita siempre a algo que es su signo (T4.2):

T4.1 $(x)(SEGx \rightarrow (\exists y)SIGyx)$ D4.1

T4.2 $(x)((\exists y)SIGyx \rightarrow SEGx)$ D4.1

Por otra parte, si es verdad que las modalidades y las expectativas son significados, se sigue de ello que todos los comportamientos, al estar calificados deónticamente por aquéllas (P2, T2.1, T2.70-T2.72), son inteligibles en un sistema deóntico como su expresión o actuación (T4.3)⁶: en concreto —y dependiendo de que se trate de facultades, de obligaciones o de prohibiciones; o de expectativas positivas o negativas— como su ejercicio, u obediencia o desobediencia, o su satisfacción o violación (T4.4-T4.5).

T4.3 $(x)(COMx \equiv (\exists y)(ATZxy \cdot SIGy))$ P6, T2.70, T2.72

T4.4 $(x)(COMx \equiv (\exists y)(SIGy \cdot (MODyx \vee ASPyx \vee ASPy\perp x) \cdot ATZxy))$
T4.3, D2.7

T4.5 $(x)(COMx \equiv (\exists y)(SIGy \cdot (MODyx \vee ASPyx \vee ASPy\perp x) \cdot (ESExy \vee OTTxy \vee INOxy \vee SODxy \vee VIOxy)))$ T4.4, T2.76

Aunque sea en sentido elíptico podremos hablar por tanto de «sentido deóntico» de los comportamientos. Un determinado movimiento sobre un tablero tiene el sentido de un «movimiento» en el juego del ajedrez al ser interpretado como tal según las reglas del ajedrez. El lanzamiento de un balón a una portería tiene el sentido de un «gol» según las reglas del juego del fútbol. Estrechar la mano tiene el sentido de un «saludo» según las reglas del trato social. Una determinada ceremonia nupcial, el pago de una suma de dinero o una agresión violenta tienen el sentido jurídico de un «matrimonio», de un acto de «cumplimiento» o de un «delito» según el código civil o el penal. En general, lo que Max Weber llamó «sentido de la acción social»⁷ es siempre el que le viene dado por su interpretación a partir de reglas.

Por eso, dado un sistema normativo, los comportamientos que califica deónticamente son inteligibles o significativos precisamente como tema de modalidades o expectativas (tal y como dicen los postulados P1 y P2). Cuando decimos que un comportamiento es ‘facultativo’, u ‘obligatorio’ o que está ‘prohibido’, no nos referimos a una característica empírica del mismo, sino al significado deóntico de su facultad, su obligación o su prohibición, es decir, al hecho de que es *percibido* —o sea, interpretado— como facultativo, obligatorio o prohibido. Los signos que expresan dichos significados no son necesariamente actos lingüísticos. Por ejemplo, el estacionamiento de un automóvil se percibe como

prohibido con arreglo al significado prescriptivo asociado a la señal que representa la prohibición de aparcar; ponerse en la cola ante una ventanilla es sentido como obligatorio con arreglo al significado prescriptivo atribuido al orden en la cola. Es en esta percepción en la que reside la dimensión *pragmática* del lenguaje preceptivo. Un sistema deóntico no es sino un sistema de significados compartidos pragmáticamente por medio de los cuales son leídos, interpretados, valorados y orientados los comportamientos que califican. Y estos significados no están dados de una vez y para siempre, sino que cambian al cambiar las culturas, la fuerza y la conciencia de los actores sociales que son a la vez artífices, destinatarios e intérpretes de un sistema normativo y, en particular, del derecho.

4.2. *Preceptos, prescripciones y reglas*

Lamaré ahora '*precepto*' a cualquier signo cuyo significado sea una modalidad, una expectativa o un estatus, o bien una regla que predisponga modalidades, expectativas o estatus. Lamaré '*prescripción*' a cualquier modalidad, expectativa o estatus que sea el significado prescriptivo de un signo.

D4.2 '*Precepto*' es todo signo cuyo significado consista en modalidades, expectativas o estatus, o en reglas que predispongan modalidades, expectativas o estatus.

$$(x)(PREx \equiv (\exists y)(SEGx \cdot SIGyx \cdot ((MODy \vee ASPy \vee STAy) \vee M(\exists w)(REGyw \cdot (MODw \vee ASPw \vee STAw))))))$$

D4.3 '*Prescripción*' es toda modalidad, expectativa o estatus que sea el significado de un signo.

$$(y)(x)(PRSyx \equiv (\exists s)((MODyx \vee ASPyx \vee ASPy \perp x \vee STAyx) \cdot SEGs \cdot SIGys))$$

De estas dos definiciones deriva una correlación biunívoca entre preceptos y prescripciones: los primeros son caracterizables como los *signos constitutivos* de las segundas y éstas como los *significados constituidos* o *preconstituidos* por los primeros. Puede demostrarse en efecto que '*prescripción*' no es sino la suma lógica de las modalidades, las expectativas y los estatus (T4.6, T4.7), es decir, de todas nuestras calificaciones, tanto deónticas como ónticas y ya sean de forma singular (como por ejemplo una obligación civil o un derecho de crédito) o de forma universal (como son las que más adelante llamaré '*reglas téticas*' [D4.6]). Se trata por consiguiente, como apunté en el § 3.2, de una noción que por un lado es más extensa que la habitual, que se suele identificar únicamente con las modalidades deónticas, pero por otro es más restringida, dado que incluye sólo las reglas inmediatamente prescriptivas que más adelante llamaré '*téticas*' (D4.6) y no las que llamaré '*hipotéticas*' (D4.7), al no

consistir ellas mismas en prescripciones sino más bien en el establecimiento de prescripciones como efectos de los actos preceptivos previstos y regulados por ellas.

‘Precepto’, por el contrario, es cualquier signo *constitutivo*, en tanto que significado suyo, *al menos de una* prescripción o una regla (T4.8). En efecto, dado un precepto existe no una única prescripción o una única regla, sino al menos una prescripción o una regla (y generalmente más de una) que cabe asociar al mismo como significados (T4.9): en el doble sentido de que un mismo precepto puede expresar varias prescripciones y/o admitir varias *interpretaciones*. Y a la inversa, dada una regla o una prescripción, ya sea ésta una modalidad, una expectativa o un estatus, existe no un único precepto, sino *al menos un* precepto (y a veces más de uno) que las expresa (T4.10, T4.11), pudiendo perfectamente un mismo significado prescriptivo (por ejemplo, una prohibición de circular) ser expresado por varios preceptos mediante distintas *enunciaciones* y diferentes *enunciados* (por ejemplo, por una señal de dirección prohibida y por otra, en el sentido opuesto, de dirección obligatoria).

T4.6	$(y)(x)(PR_{Syx} \equiv (MOD_{yx} \vee ASP_{yx} \vee ASP_{y\perp x} \vee STA_{yx}))$	D4.3, P6, T4.2
T4.7	$(y)(PR_{Sy} \equiv (MOD_y \vee ASP_y \vee STA_y))$	T4.6
T4.8	$(x)(PRE_x \equiv (\exists y)(SEG_x \cdot SIG_{yx} \cdot (PR_{Sy} \vee REG_y)))$	D4.2, T4.7
T4.9	$(x)(PRE_x \equiv (\exists y)((PR_{Sy} \vee REG_y) \cdot SIG_{yx}))$	T4.8, T4.2
T4.10	$(y)(PR_{Sy} \rightarrow (\exists x)(PRE_x \cdot SIG_{yx}))$	P6, T4.7
T4.11	$(y)((REG_y \vee MOD_y \vee ASP_y \vee STA_y) \rightarrow (\exists x)(PRE_x \cdot SIG_{yx}))$	T4.9, T4.7, P6

Introduzco por consiguiente, con los postulados P7 y P8, dos connotaciones fundamentales del concepto primitivo de ‘regla’. Según el postulado P7, las reglas son ellas mismas modalidades, expectativas o estatus, o bien predeterminaciones de modalidades, expectativas o estatus. Según el postulado P8, son reglas todas las modalidades, expectativas y estatus adscritos a una clase de sujetos, así como las modalidades y expectativas que tienen como tema una clase de comportamientos.

P7 *Las reglas o bien son ellas mismas modalidades, o expectativas positivas, o expectativas negativas o estatus, o bien predisponen modalidades, o expectativas positivas, o expectativas negativas o estatus.*

$$(r)(x)(REG_{rx} \rightarrow ((MOD_{rx} \vee ASPr_x \vee ASPr_{\perp x} \vee STAr_x) \vee (\exists y)(REG_{ry} \cdot (MOD_{yx} \vee ASP_{yx} \vee ASP_{y\perp x} \vee STA_{yx}))))$$

P8 *Las modalidades, las expectativas, y los estatus que son el tema de una clase de sujetos o tienen como tema una clase de comportamientos son reglas.*

$$(y)((x)((MOD_y \vee ASP_y \vee STA_y) \cdot SOG_{xy}) \vee ((MOD_{yx} \vee ASP_{yx} \vee ASP_{y\perp x}) \cdot COM_x)) \rightarrow REG_y)$$

También ‘*precepto*’, ‘*prescripción*’ y ‘*regla*’ —al igual que ‘*comportamiento*’, ‘*modalidad*’ y ‘*sujeto*’ respecto a los términos correspondientes de la teoría del derecho— tienen un significado más extenso que ‘*acto preceptivo*’, ‘*situación jurídica*’ y ‘*norma*’, con los que en los próximos capítulos denominaré a los preceptos, prescripciones y reglas jurídicas. Denotan cualquier tipo de signo y de significado prescriptivo: tanto los signos y significados jurídicos como los morales, los del trato social o la etiqueta, los de los rituales mágicos o religiosos, los de los juegos e incluso los de los ordenamientos antijurídicos.

Los postulados P7 y P8, por tanto, muestran el uno el significado prescriptivo de las reglas y el otro su distinto alcance respecto al de los demás significados prescriptivos. Las reglas, afirma el postulado P7, o disponen de manera inmediata modalidades, expectativas o estatus, o bien las predisponen como figuras de calificación deóntica u óntica de hipotéticos temas. Con otras palabras, o son ellas mismas prescripciones, como el cartel «prohibido fumar», la señal «circulación prohibida» o la norma que estatuye la libertad de prensa, o bien son predeterminaciones de posibles prescripciones, como las normas del código civil sobre la formación de los contratos o sobre la noción de «propiedad», que no disponen nada de manera inmediata pero predisponen las cargas y prohibiciones en materia de estipulación de contratos, o las facultades y expectativas inherentes al derecho de propiedad, como modalidades o como efectos de los actos que contemplan como hipótesis (T4.12-T4.14).

T4.12 (r)(x)(REGrx \rightarrow (PRSrx \vee ($\exists y$)(REGry \cdot PRSyx))) P7, T4.6

T4.13 (r)(REGr \rightarrow ((MODr \vee ASPr \vee STAr) \vee M($\exists y$)($\exists x$)((MODyx \vee ASPyx \vee ASPyLx \vee STAyx) \cdot REGry))) P7

T4.14 (r)(REGr \rightarrow (PRSr \vee M($\exists y$)($\exists x$)(PRSyx \cdot REGry))) T4.13, T4.7, T4.6

Las reglas, afirma a su vez el postulado P8, son significados prescriptivos de alcance *universal*: entendiendo con esta expresión la extensión de su función prescriptiva, expresada por la cuantificación universal de sus temas, a una clase indeterminada o bien de sujetos o bien de comportamientos. Por lo tanto no son reglas los mandatos individuales, es decir, las prescripciones referidas a sujetos y/o comportamientos particulares y determinados, sino sólo los que prescriben de manera general y/o abstracta (T4.15), esto es, haciendo referencia a una *clase* de sujetos y/o a un *tipo* de comportamiento (T4.16). La frase «¡cierre la puerta!», por ejemplo, tiene un significado distinto según que se la dirija un sujeto a otro o que, por el contrario, esté escrita en un cartel: en el primer caso expresa la obligación de un comportamiento particular y contingente a cargo de un sujeto determinado que es su destinatario; en el segundo, expresa una obligación universal que tiene como tema o contenido una clase abstracta de comportamientos y como destinatarios a la generalidad de los sujetos.

- T4.15 $(y)((x)(\text{SOG}_{xy} \cdot \text{TIT}_{xy}) \vee (x)(\text{COM}_x \cdot \text{ATZ}_{xy})) \rightarrow \text{REG}_y$ P8, D3.2, D2.7
 T4.16 $(y)((x)((\text{MOD}_y \vee \text{ASPy} \vee \text{STAy}) \cdot \text{SOG}_{xy}) \vee (x)((\text{MOD}_{yx} \vee \text{ASPyx} \vee \text{ASPy}\perp x) \cdot \text{COM}_x)) \rightarrow \text{REG}_y$ P8

Analizaré y desarrollaré con mayor amplitud este conjunto de tesis en los dos próximos párrafos. La *constitutividad* de los preceptos se descompondrá en constitutividad *en sentido lato* de todos los preceptos, incluidos los que llamaré ‘deónticos’, y constitutividad *en sentido estricto*, sólo de los preceptos que llamaré ‘constitutivos’. La *universalidad* de las reglas, a su vez, se descompondrá en *abstracción* y *generalidad*, según que se refiera a los comportamientos prescritos o a los sujetos que son sus destinatarios. Y a continuación elaboraré una tipología de las reglas según sus diferentes significados prescriptivos.

4.3. *La constitutividad de los preceptos, en sentido lato y en sentido estricto. Preceptos deónticos y preceptos constitutivos*

Un precepto, como he demostrado con las tesis T4.8 y T4.9, es siempre *constitutivo* de las prescripciones o de las reglas que forman su significado. La ‘preceptividad’ o ‘constitutividad’, según estas tesis, consiste precisamente en la capacidad, propia de todo precepto, de constituir aquello que forma su contenido prescriptivo: modalidades o expectativas deónticas, o bien estatus ónticos. En este sentido lato todos los preceptos son constitutivos, al ser todos condición suficiente de la producción de una o más prescripciones o reglas. La constitutividad, en esta primera acepción, es sinónimo de preceptividad. Representa, como diremos en el § 9.5, la específica ‘eficacia’ de los actos jurídicos preceptivos.

No obstante, si sometemos a análisis el contenido prescriptivo de los preceptos, descubrimos un sentido ulterior y más específico en el que algunos de ellos son constitutivos. Constatamos en efecto que ese contenido —como resulta de la diferencia de estructura entre las modalidades y expectativas (T2.2) y los estatus (P9, T4.17)— puede consistir o bien en la constitución de calificaciones *deónticas* de temas *posibles*, o bien en la de calificaciones *ónticas* de temas *existentes* (T4.18). En concreto, mientras que los preceptos que prescriben modalidades o expectativas suponen, en virtud de la tesis T2.2, la mera posibilidad de existencia (T4.19), los que adscriben estatus suponen de manera inmediata, en virtud del postulado P9, la existencia de sus correspondientes temas (T4.20).

$$\text{P9 } (y)(\text{STAy} \rightarrow (\exists x)\text{STAy}_x)$$

- T4.17 $(y)(\text{STAy} \equiv (\exists x)\text{STAy}_x)$ P9
 T4.18 $(y)(\text{PRSy} \equiv (\text{M}(\exists x)(\text{MOD}_{yx} \vee \text{MOD}_y\perp x \vee \text{ASPyx} \vee \text{ASPy}\perp x) \vee (\exists x)\text{STAy}_x))$ T4.7, T2.2, T4.17

$$\begin{array}{ll}
 \text{T4.19 } (y)((\exists x1)(\text{PRE}x1 \cdot \text{SIG}yx1 \cdot \text{PR}Sy \cdot (\text{MOD}y \vee \text{ASPy})) \rightarrow & \\
 \text{M}(\exists x2)(\text{MOD}yx2 \vee \text{ASPy}x2 \vee \text{ASPy}\perp x2)) & \text{T2.2} \\
 \text{T4.20 } (y)((\exists x1)(\text{PRE}x1 \cdot \text{SIG}yx1 \cdot \text{PR}Sy \cdot \text{STAy}) \equiv (\exists x2)\text{STAy}x2) & \\
 & \text{T4.7, P9, T4.10}
 \end{array}$$

Ésta es la diferencia, expresada por la disyunción formulada por la tesis T4.18, entre los preceptos que dan lugar a figuras deónticas y los que constituyen estatus ónticos. Los primeros producen efectos puramente deónticos cuya actuación, con arreglo a la tesis T2.2, es sólo posible. Los segundos producen efectos por así decirlo ónticos que son, con arreglo al postulado P9 y a la tesis T4.17, de realización inmediata. Dicho de manera más llana: los primeros son violables, mientras que los segundos son inviolables. Por ejemplo, los preceptos «no fumar», «puede salir» «páguese al portador tal o cual suma», etc., constituyen una prohibición, una facultad o una obligación o una expectativa, cuya actuación es posible, pero también puede no tener lugar. Por el contrario, los preceptos «os declaro marido y mujer», «se abre la sesión», «¡ya!», «ésta es la meta de la carrera», «estipulamos tal o cual frontera», «declaro a Ticio absuelto del delito que se le imputa», «la norma *n* queda derogada», «la mayoría de edad queda fijada a los dieciocho años» constituyen de manera inmediata, prescindiendo de lo que suceda de hecho, a dos personas como marido y mujer, la apertura de una sesión, el inicio de una carrera, un determinado punto del espacio como punto de llegada, una determinada línea fronteriza, la absolución de un imputado, la derogación de una norma o el estatus de mayor de edad de quienes han cumplido dieciocho años.

Los preceptos de este segundo tipo son por tanto constitutivos también en un segundo sentido más específico: en el sentido de que constituyen aquello que es su tema y alcanzan su efecto sin la mediación de comportamientos que puedan realizarse o no. Pertenecen a la clase de las enunciaciones *performativas*, mediante las cuales se hacen cosas con palabras⁸. Y abundan sobre todo en el lenguaje normativo de tipo mágico o religioso, caracterizado por un específico poder de la palabra: como en las frases «Yo te bautizo en el nombre del Padre, del Hijo y del Espíritu Santo», «Ego te absolvo», «Fiat Lux», «¡Levántate y anda!», «Ábrete Sésamo». La propia constitutividad de muchos ritos jurídicos, por lo demás, es en muchos casos un residuo del origen mágico del derecho⁹.

Precisamente la constitutividad en este segundo sentido, más fuerte y estricto, es el fenómeno al que generalmente se alude en la literatura filosófico-analítica cuando se habla de preceptos (o prescripciones, o reglas) «constitutivas» en contraposición a otros tipos de preceptos (o prescripciones, o reglas) a los que se llama en cambio «regulativos»¹⁰. No obstante, el análisis filosófico está dividido tanto acerca del significado como acerca del alcance de la distinción, cuya consistencia a veces ha resultado empañada justamente por el carácter constitutivo que de algún modo cabe reconocer, en sentido amplio, a cualquier precepto.

Estos desacuerdos pueden resolverse ahora basándonos en un criterio seguro para distinguir entre los dos significados de «constitutividad»: la *constitutividad en sentido lato o débil*, propia también de los preceptos que establecen modalidades o expectativas deónticas, y la *constitutividad en sentido estricto o fuerte*, propia *únicamente* de los que establecen calificaciones ónticas. Llamaré ‘deónticos’, en tanto que constitutivos meramente de modalidades y/o expectativas deónticas con respecto a las cuales la actuación de aquello que sea su tema es tan sólo posible, a los preceptos identificados por la tesis T4.19. Llamaré en cambio ‘constitutivos’ (en sentido estricto o fuerte) o *estipulaciones*, en tanto que inmediatamente constitutivos tanto de los estatus como de los temas que califican, a los identificados por la tesis T4.20.

D4.4 ‘Precepto deóntico’ es todo precepto cuyo significado sea una prescripción que disponga una modalidad o una expectativa deóntica, o una regla que predisponga una modalidad o una expectativa deóntica.

$$(x)(\text{PDE}x \equiv (\exists y)(\text{PRE}x \cdot \text{SIG}yx \cdot ((\text{PR}Sy \cdot (\text{MOD}y \vee \text{ASPy})) \vee \text{M}(\exists w)(\text{REG}yw \cdot \text{PR}Sw \cdot (\text{MOD}w \vee \text{AS}Pw))))))$$

D4.5 ‘Precepto constitutivo’ es todo precepto cuyo significado sea una prescripción que disponga un estatus, o una regla que predisponga un estatus.

$$(x)(\text{PCO}x \equiv (\exists y)(\text{PRE}x \cdot \text{SIG}yx \cdot ((\text{PR}Sy \cdot \text{ST}Ay) \vee \text{M}(\exists w)(\text{REG}yw \cdot \text{PR}Sw \cdot \text{ST}Aw))))))$$

Con arreglo a estas definiciones, es claro en qué sentido todos los preceptos son constitutivos pero sólo algunos lo son en un sentido ulterior y más específico. Los preceptos deónticos son constitutivos en el sentido (lato o débil) de que son condiciones suficientes de la existencia de su significado prescriptivo, esto es, de la modalidad, la expectativa o la regla dispuestas por ellos (T4.21), pero no de aquello que es calificado por éstas y que es sólo posible (T4.22). Los preceptos constitutivos lo son en cambio en el sentido (estricto o fuerte) de que son condiciones suficientes no sólo de la existencia de los estatus y de las reglas dispuestas por ellos (T4.23), sino también de la de los temas que califican (T4.24). Los primeros dan vida a las prescripciones que consisten en la calificación de una actuación *posible*: no al comportamiento prescrito, sino a su facultad, obligación o prohibición o a su expectativa. Los segundos dan vida a las prescripciones que consisten en las calificaciones ónticas de temas ya *existentes*: en los ejemplos anteriores, el estatus de «marido y mujer» de las personas aquí presentes, o de «sesión abierta» de una reunión que está teniendo lugar, o de «meta» de un determinado punto del espacio, o de mayores de edad y capaces de obrar de las personas que han cumplido dieciocho años. Todos los preceptos se dividen en preceptos deónticos y preceptos constitutivos (T4.25). Pero los primeros disponen o predisponen modalidades o expectativas (T4.26)

y los segundos estatus (T4.27). En ambos casos modalidades, expectativas y estatus forman su significado prescriptivo, ya sean dispuestos directamente por ellos (T4.28, T4.30) o predispuestos por las reglas que expresan (T4.29, T4.31).

T4.21	$(x)(PDEx \rightarrow (\exists y)(SIGyx \cdot (MODy \vee ASPy \vee REGy)))$	D4.4
T4.22	$(x)(PDEx \rightarrow (\exists y)(SIGyx \cdot M(\exists w)(MODyw \vee MODy\perp w \vee ASPyw \vee$ $ASPy\perp w \vee REGyw)))$	T4.21, T2.2
T4.23	$(x)(PCOx \rightarrow (\exists y)(SIGyx \cdot (STAy \vee REGy)))$	D4.5
T4.24	$(x)(PCOx \rightarrow (\exists y)(PREx \cdot SIGyx \cdot ((\exists z)STAy z \vee M(\exists w)(\exists z)(REGyw \cdot$ $STAw))))$	D4.5, T4.17
T4.25	$(x)(PREx \equiv (PDEx \vee PCOx))$	D4.2, D4.4, D4.5, T4.7
T4.26	$(x)(PDEx \rightarrow (\exists y)(SIGyx \cdot ((PRSy \cdot (MODy \vee ASPy)) \vee$ $M(\exists w)(REGyw \cdot PRSw \cdot (MODw \vee ASPw))))$	D4.4
T4.27	$(x)(PCOx \rightarrow (\exists y)(SIGyx \cdot ((PRSy \cdot STAy) \vee M(\exists w)(REGyw \cdot$ $STAw))))$	D4.5
T4.28	$(y)((MODy \vee ASPy) \rightarrow (\exists x)(SIGyx \cdot PDEx))$	D4.4, T4.10, T4.7
T4.29	$(y)((PRSy \cdot (MODy \vee ASPy)) \vee M(\exists w)(REGyw \cdot PRSw \cdot (MODw \vee$ $ASPw))) \rightarrow (\exists x)(SIGyx \cdot PDEx)$	T4.28
T4.30	$(y)(STAy \rightarrow (\exists x)(SIGyx \cdot PCOx))$	D4.5, T4.10, T4.7
T4.31	$(y)((PRSy \cdot STAy) \vee M(\exists w)(REGyw \cdot PRSw \cdot STAw)) \rightarrow (\exists x)(SIGyx \cdot$ $PCOx)$	T4.30, D4.5, T4.11

Diremos por tanto que la *constitutividad en sentido lato* o *débil* es un rasgo de todas las enunciaciones y todos los enunciados prescriptivos, que expresan no la descripción —no productiva de efectos prácticos— de un comportamiento o acaso de un hábito, sino la prescripción de la modalidad (deóntica) de un posible comportamiento o del estatus (óntico) de un determinado tema. Y hablaremos de *constitutividad en sentido estricto* o *fuerte* sólo en relación con los enunciados prescriptivos de un estatus óntico, cuya enunciación es condición suficiente no sólo de su contenido prescriptivo, sino también de aquello de lo que establecen la prescripción. En el primer caso el *efecto perseguido* por el precepto (deóntico, o constitutivo sólo en sentido lato) es, más allá de la constitución de la facultad, la obligación o la prohibición prescritas, que se produzca el comportamiento facultativo u obligatorio y que no se produzca el prohibido: o sea, fenómenos de los que es posible tanto el acaecimiento como el no acaecimiento. En el segundo caso el *efecto conseguido* por el precepto (constitutivo también en sentido estricto) es su contenido prescriptivo mismo, realizado por la constitución del estatus prescrito: es decir, un fenómeno cuya existencia se produce a la vez que la prescripción misma.

Los temas respecto a los cuales puede predicarse la constitutividad de los preceptos son en suma de dos niveles: por un lado las modalidades, las expectativas y los estatus, que son el contenido o significado prescriptivo constituido y conseguido, respectivamente, por los preceptos deónticos (T4.21) y por los preceptos constitutivos (T4.23); por

otro, sus efectos empíricos, que en el caso de los preceptos deónticos no son en absoluto constituidos sino sólo previstos como posibles (T4.22) y en el caso de los preceptos constitutivos, por el contrario, son también constituidos existencialmente (T4.24). Se explica así la razón del desacuerdo entre quienes extienden la noción de constitutividad hasta comprender en ella todos los preceptos y, justamente por eso, poner en duda su consistencia¹¹ y quienes, por el contrario, distinguen entre preceptos constitutivos y preceptos no constitutivos. Los primeros entienden la constitutividad refiriéndola —en el sentido lato expresado por las tesis T4.8, T4.9 y T4.22— a la calificación prescrita, ya sea deóntica u óntica, denotada por la variable ‘y’; los segundos, en cambio, la entienden refiriéndola —en el sentido estricto expresado por las tesis T4.20 y T4.24— al tema de la calificación denotado por el contrario por las variables ‘x2’, ‘z’ y ‘w’.

Disipado el equívoco y aclarado que la constitutividad en el primer sentido no es sino la genérica preceptividad, podemos ya emplear sin más la palabra «constitutividad» sólo en el segundo sentido, esto es, para designar los preceptos que instituyen estatus, o sea, calificaciones ónticas de sus temas: desde los enunciados performativos ejemplificados anteriormente a las reglas de los juegos, desde las resoluciones decisorias (nombramientos, elecciones, aprobaciones, derogaciones, constitución de entes, etc.) a las definiciones legislativas de figuras subjetivas («mayor de edad», «ciudadano», «empresario», «funcionario público», etc.) o de cosas u otros objetos («armas», «sustancias estupefacientes», «ciclomotores», «marcas», «bienes demaniales», etc.). En todos los casos el significado de un precepto constitutivo consiste en la constitución o en la preconstitución de una determinada calificación para un cierto tema (T4.32), a falta de las cuales el precepto carece de sentido (T4.33): por ejemplo, las frases «se abre la sesión», «nombro a Ticio representante», «queda aprobado el presupuesto», «la aprobación del presupuesto está establecida por el artículo 81 de la Constitución italiana como efecto de una ley que es competencia de las Cámaras» carecen de sentido fuera de los contextos prácticos en los que tienen efectos constitutivos, es decir, en ausencia de sesiones, o de las personas a nombrar, o de los presupuestos a aprobar¹².

T4.32 $(\exists y)(\exists x)(\text{SIGyx} \cdot \text{PCOx}) \rightarrow (\exists y)((\exists z)\text{STAy}z \vee \text{M}(\exists w)(\exists z)(\text{REGyw} \cdot \text{STAw}))$ T4.24

T4.33 $(x)(\text{PCOx} \rightarrow (\neg(\exists y)\text{SIGyx} \equiv \neg(\exists z)((\exists y)\text{STAy}z \vee \text{M}(\exists y)(\exists w)(\text{REGyw} \cdot \text{STAw}))))$ D4.25, T4.17

En cambio los preceptos deónticos reiteran, de las modalidades y expectativas que instituyen, el carácter deóntico o de «deber ser» de los comportamientos prescritos, que no es sino el significado prescriptivo que con ellos se expresa (T4.22, T4.28). Un precepto deóntico —diremos por tanto integrando cuanto se dijo para las modalidades y las ex-

pectativas con las tesis T2.2 y T2.3— tiene sentido si y sólo si es posible aquello que es el tema de las modalidades, de las expectativas o de las reglas expresadas por él (T4.34), mientras que carece de sentido en caso contrario (T4.35).

$$\text{T4.34 } (x)(\text{PDE}x \rightarrow ((\exists y)\text{SIG}_{yx} \equiv \text{M}(\exists w)(\exists y)(\text{MOD}_{yw} \vee \text{MOD}_{y\perp w} \vee \text{ASPy}_w \vee \text{ASPy}_{\perp w} \vee \text{REG}_{yw}))) \quad \text{T4.22}$$

$$\text{T4.35 } (x)(\text{PDE}x \rightarrow (\neg(\exists y)\text{SIG}_{yx} \equiv \neg\text{M}(\exists w)(\exists y)(\text{MOD}_{yw} \vee \text{MOD}_{y\perp w} \vee \text{ASPy}_w \vee \text{ASPy}_{\perp w} \vee \text{REG}_{yw}))) \quad \text{T4.34}$$

De este modo hemos formalizado y precisado, a partir de la caracterización como ‘significados’ de las modalidades y las expectativas llevada a cabo con el postulado P6, la tesis de semántica del lenguaje preceptivo adelantada en el § 2.1: si es cierto que las modalidades y las expectativas son significados prescriptivos de preceptos deónticos (T4.28), es condición de sentido de tales preceptos la posibilidad de actuación (y de no actuación) del comportamiento que prescriben (T2.2, T2.3)¹³. Pero del mismo modo, podemos añadir ahora, es condición de sentido de los preceptos constitutivos la existencia de los temas de los estatus que instituyen (T4.17, T4.20).

4.4. La universalidad de las reglas: la generalidad y la abstracción

Si las tesis T4.12-T4.14 identifican los significados o contenidos prescriptivos de las reglas con su constitutividad en sentido lato o en sentido estricto, las tesis T4.15 y T4.16 los identifican con las prescripciones de alcance *universal*. El rasgo de la *preceptividad* distingue por tanto las reglas de otros tipos de generalizaciones no normativas, como las leyes científicas, que describen regularidades o uniformidades de fenómenos naturales o sociales. El rasgo de la *universalidad* las distingue en cambio de las prescripciones individualizadas en cuanto a los comportamientos prescritos y a los sujetos que son sus destinatarios, como los mandatos de comportamientos particulares y concretos dirigidos a sujetos particulares y concretos.

He expresado el alcance universal de las reglas a través de la cuantificación universal —estipulada con el postulado P8— de su contenido prescriptivo: es decir, mediante la extensión de las prescripciones que disponen o predisponen a todos los sujetos que son sus destinatarios o a todos los comportamientos que son calificados por ellas. Descomponiendo el postulado P8 y las tesis T4.15 y T4.16, obtendremos dos formulaciones diferentes de estas dos formas de universalidad: una relativa a los sujetos destinatarios (T4.36-T4.37), otra relativa a los comportamientos prescritos (T4.38-T4.39).

$$\text{T4.36 } (y)((x)(\text{SOG}_{xy} \cdot (\text{MOD}_y \vee \text{ASPy} \vee \text{STAy})) \rightarrow \text{REG}_y) \quad \text{P8}$$

$$\text{T4.37 } (y)((x)(\text{SOG}_{xy} \cdot \text{TIT}_{xy} \cdot (\text{MOD}_y \vee \text{ASPy})) \rightarrow \text{REG}_y) \quad \text{T4.15}$$

T4.38	$(y)((x)(\text{COMx} \cdot (\text{MODy}_x \vee \text{ASPy}_x \vee \text{ASPy}\perp x)) \rightarrow \text{REGy})$	P8
T4.39	$(y)((x)(\text{COMx} \cdot \text{ATZxy}) \rightarrow \text{REGy})$	T4.15

A partir de estas tesis es posible esclarecer la noción, correlativa a la de *universalidad* de las reglas, de *tipicidad* de los temas regulados. Las reglas se distinguen de las prescripciones individualizadas porque sus temas no consisten en sujetos o comportamientos particulares y determinados, sino en «clases» o «tipos» de sujetos o comportamientos. Por ejemplo, los carteles «prohibido fumar», «dirección prohibida» o «cierren la puerta» difieren de la orden de no fumar que me da un vecino, de la desviación que me impone un guardia de tráfico o del imperativo «¡cierra la puerta!» impartido a una persona determinada, por el hecho de que en el primer caso la prescripción se refiere a un «tipo» de comportamiento configurado en abstracto y está destinada a un «tipo» o a una generalidad de sujetos, mientras que en el segundo se refiere a un comportamiento particular y determinado y se dirige a uno o más sujetos igualmente particulares y determinados. Del mismo modo, la norma que confiere la ciudadanía a todas las personas nacidas de ciudadanos en el territorio del Estado difiere de la resolución que confiere ese mismo estatus a una persona concreta y determinada que haya llegado a reunir los requisitos legales, por el hecho de referirse a un «tipo» de sujeto configurado en abstracto. Se trata de una diferencia ligada a la distinta estructura sintáctica de las dos clases de prescripciones, que sin embargo se refleja también en la dimensión extensional de los significados que con ellas se expresan. Desde el punto de vista intensional, en efecto, el contenido prescriptivo de las dos prescripciones —por ejemplo, de las palabras «prohibido fumar» escritas en un cartel y de las mismas palabras cuando me las dirige un vecino— es idéntico. La diferencia se refiere a su alcance prescriptivo y consiste en la extensión, respectivamente universal y existencial, de los temas de las reglas y de los de las prescripciones particulares.

Tomando en préstamo una terminología utilizada en la teoría del derecho pero aplicable con provecho a cualquier sistema deóntico, podemos llamar *generalidad* a la universalidad de las reglas expresada por las tesis T4.36-T4.37 respecto a la tipicidad de los sujetos que son sus destinatarios y *abstracción* a esa misma universalidad expresada por las tesis T4.38-T4.39 respecto a la tipicidad de los comportamientos que regulan.

«Generalidad» y «abstracción», por otra parte, no se implican mutuamente. Junto a prescripciones generales y abstractas como las ejemplificadas anteriormente, pueden darse prescripciones generales pero no abstractas, es decir, dirigidas a una pluralidad indeterminada (o universalidad, o tipo, o clase) de sujetos, pero que tienen como tema un comportamiento particular y determinado: como la movilización de todos los ciudadanos que hayan cumplido cierta edad, o la convocatoria de un concurso público, o la orden «abróchense los cinturones de seguridad»

dada en un avión. Y pueden darse prescripciones abstractas pero no generales, esto es, que tengan como tema una pluralidad indeterminada (o universalidad, o tipo, o clase) de comportamientos, pero dirigidas a un sujeto particular y determinado: como las reglas de educación impartidas por un padre a su hijo, o la prohibición de fumar dada por un médico a su paciente, o la regulación de relaciones futuras estipulada entre las partes de un contrato. En ambos casos hablaremos de ‘reglas’. Al no haber coincidencia entre generalidad y abstracción, ‘regla’ es por consiguiente un concepto *relativo* a los temas que tipifica. Una regla, en efecto, sólo es tal en relación con los objetos de prescripción que ella asume en forma típica o universal: porque es *general* respecto a los sujetos y/o porque es *abstracta* respecto a los comportamientos que contempla. Hay que añadir que la disyunción incluyente entre estos dos rasgos vale sólo para las reglas que expresan modalidades o expectativas. Por el contrario, la universalidad de las reglas que expresan estatus, al no poder referirse al mismo tiempo a comportamientos y sujetos, se identifica bien con la abstracción (como ocurre con las definiciones legislativas) o bien, alternativamente, con la generalidad (como ocurre con las normas que adscriben estatus subjetivos) de su tema.

En todos los casos, cualquiera que sea el tema universalizado, las reglas son significados prescriptivos (T4.40). Como tales, no son sólo el significado de los preceptos correspondientes (T4.41), sino que, por así decirlo, gracias a su universalidad confieren significado a la totalidad de la clase de los comportamientos que califican como sus temas (T4.42): por ejemplo, los movimientos de las piezas de ajedrez sobre un tablero, como se dijo en el § 4.1, tienen el sentido que les confieren las reglas del ajedrez; fumar en un lugar cerrado se percibe como prohibido con arreglo al cartel de «prohibido fumar». Es en esta concreta calificación de sus temas en lo que reside esa operación que suele llamarse «subsunción» y que en otras ocasiones he llamado, en contraposición a la *interpretación doctrinal* de las reglas en abstracto, *interpretación operativa*¹⁴. En virtud de ella un comportamiento, sujeto u objeto determinados son entendidos, es decir, interpretados, en los términos de sus calificaciones deónticas u ónticas, como prohibidos o como obligatorios, o como mayores de edad, como ciudadanos, como armas, como bienes demaniales, etcétera.

T4.40 (y)(REGy → SIGy) P6

T4.41 (y)(REGy → (∃x)(SIGyx · PREx)) T4.11

T4.42 (y)(x)(REGyx → (∃s)(SIGys · PREs · ((MODyx v ASPyx v ASPyLx v STAyx) v M(∃w)(REGyw · (MODwx v ASPwx v ASPwLx v STAwx))))))
T4.41, T4.12, T4.6

El valor de la universalidad de las reglas, en el doble sentido de la generalidad y la abstracción, reside evidentemente en la *igualdad* que formalmente está conectada con él. En concreto, mientras que la generalidad de las reglas (por ejemplo, la orden de evacuar un determinado

edificio, o de no fumar en una determinada reunión) asegura la igual calificación deóntica de las mismas acciones sea quien sea el que las realice, su abstracción (por ejemplo, el cartel «prohibido fumar» puesto en una habitación, o la prescripción de dejar de fumar dada por un médico a un paciente) asegura la igual calificación deóntica de las mismas acciones sea cual sea el lugar o el momento en los que se realicen. Bajo ambos aspectos, una igualdad semejante es sinónimo de «racionalidad» y de «justicia formal», en tanto en cuanto se admita que no es racionalmente justa o justificable una distinta calificación deóntica de las acciones según quién las realice o según el momento o el lugar en que se realicen.

En el estado de derecho, además, la universalidad de las reglas jurídicas o ‘normas’ en los dos sentidos mencionados está en la base del *principio de legalidad*, que formularé en el capítulo VIII para todos los actos jurídicos (salvo el constituyente) (T8.59-T8.66) y para todos sus efectos (T8.67-T8.71), ya sean situaciones o estatus (T8.72-T8.78). En concreto, mientras que la generalidad asegura la igualdad de los sujetos ante la ley, excluyendo discriminaciones o privilegios de carácter personal, la abstracción asegura la predeterminación normativa y por consiguiente la certeza, además de la igualdad, de las calificaciones jurídicas de los comportamientos realizados. Naturalmente esta igualdad no sólo es normativa sino también relativa únicamente a los temas universalizados: por un lado, relativa sólo a los comportamientos regulados y, por otro, relativa únicamente a la clase de los sujetos destinatarios, que no siempre, sino sólo en algunos casos —como en la mayor parte de las prohibiciones penales y en esos derechos fundamentales a los que llamaré ‘humanos’ (D11.6)—, se identifican con «todos» (los seres humanos).

4.5. Reglas téticas y reglas hipotéticas

Propondré dos distinciones dentro de la esfera de las reglas que se revelarán esenciales para su clasificación tipológica, así como para el análisis conceptual de los sistemas deónticos y, en particular, de los sistemas jurídicos. Una y otra serán trazadas descomponiendo las sumas lógicas o disyunciones expresadas por el postulado P7: por un lado, la que se da entre disposición y predisposición de los contenidos o significados prescriptivos; por otro, la que se da respecto a dichos significados entre modalidades y expectativas deónticas y estatus ónticos.

La primera distinción es completamente desconocida para el léxico tradicional de la teoría del derecho. Se refiere a dos niveles, uno inmediato y otro mediato, tanto de la preceptividad como de la universalidad de las reglas. Como se ha dicho con el postulado P7 y con las tesis T4.12, T4.13 y T4.14, las reglas o bien son ellas mismas modalidades, expectativas o estatus, o bien predeterminan modalidades, expectativas o estatus para cuando tengan lugar determinados actos o circunstancias; o bien disponen de modo inmediato prescripciones, o bien las predispo-

nen como posibles ante la previsión de determinadas hipótesis. Descomponiendo esta primera disyunción se obtiene una distinción de carácter estructural que, como veremos, atraviesa toda la fenomenología tanto de las reglas como de las normas jurídicas. Llamaré *reglas téticas*, en tanto que tética e inmediatamente prescriptivas, a las reglas del primer tipo; y *reglas hipotéticas*, en tanto que hipotética y mediatamente prescriptivas, a las reglas del segundo tipo¹⁵.

D4.6 '*Reglas téticas*' son las reglas que disponen modalidades, expectativas positivas, expectativas negativas o estatus.

$$(r)(x)(RTERx \equiv (REGr \cdot (MODrx \vee ASPrx \vee ASPr\perp x \vee STArx)))$$

D4.7 '*Reglas hipotéticas*' son las reglas que predisponen modalidades, expectativas positivas, expectativas negativas o estatus.

$$(r)(x)(RIPrx \equiv (REGr \cdot (\exists y)((MODyx \vee ASPyx \vee ASPy\perp x \vee STAy) \cdot REGry)))$$

Las *reglas téticas* son las más elementales. Consisten de modo inmediato en prescripciones (T4.43), esto es, en modalidades, expectativas o estatus (D4.6) de carácter universal. Son por ejemplo reglas téticas, en cuanto disponen de modo inmediato modalidades, expectativas o estatus de carácter general y/o abstracto, los diez mandamientos, las reglas del ajedrez que constituyen el estatus de torre o de caballo estableciendo sus tipos de movimientos sobre el tablero, prescripciones como «prohibido fumar» y «prohibido aparcar», las normas que prohíben determinados comportamientos como delitos, o que confieren derechos fundamentales, o bien estatus como la capacidad jurídica o la capacidad de obrar. Las *reglas hipotéticas* son en cambio más complejas. No disponen de manera inmediata prescripciones, sino que las predisponen como modalidades, expectativas o estatus destinados a calificar los temas que regulan (T4.44). Son por ejemplo hipotéticas, en cuanto predisponen prescripciones de modo mediato, es decir, con la mediación de lo que contemplan como hipótesis, las reglas del ajedrez que predeterminan el estatus de «jaque al rey» o de «jaque mate» en presencia de determinados presupuestos, las normas que disciplinan la formación de los actos preceptivos, las normas sobre la aplicación de las sanciones previstas para cuando se cometan delitos; o también las normas sobre los efectos del matrimonio, las definiciones legislativas y, en general, todas las reglas que predeterminan modalidades, expectativas o estatus como efectos de los actos que contemplan en abstracto como hipótesis.

$$T4.43 (r)(x)(RTERx \equiv (REGr \cdot PRSrx))$$

D4.6, T4.6

$$T4.44 (r)(x)(RIPrx \equiv (REGr \cdot (\exists y)(REGry \cdot PRSyx)))$$

D4.7, T4.6

Esta diferencia resulta evidente en cuanto se consideran las reglas con independencia de la existencia efectiva de lo que está regulado. Mientras

que las reglas téticas *son* prescripciones (T4.45), esto es, modalidades, expectativas o estatus (T4.46), las reglas hipotéticas predeterminan *posibles* prescripciones (T4.47), es decir, posibles modalidades, expectativas o estatus (T4.48)¹⁶. Los preceptos que producen reglas téticas generan por tanto facultades, obligaciones, prohibiciones, expectativas o estatus sobre la clase de sujetos y/o en relación con la clase de comportamientos determinados por ellos. Los que producen reglas hipotéticas, presentes sobre todo en los ordenamientos complejos y en particular en los jurídicos, no generan en cambio nada de manera inmediata, sino prescripciones justamente hipotéticas, o sea, predispuestas como posibles para la hipótesis de que se den los temas que regulan. El artículo 1476 del Código Civil italiano sobre la compraventa, por ejemplo, no dispone él mismo, sino que predispone, la obligación del vendedor de entregar la cosa vendida al comprador y su derecho al pago por parte de éste del precio convenido.

T4.45 (r)(RTEr \equiv (REGr · PRSr))	T4.43
T4.46 (r)(RTEr \equiv (REGr · (MODr v ASPr v STAR)))	T4.45, T4.7
T4.47 (r)(RIPr \equiv M(\exists y)(\exists x)(REGry · PRS _{yx}))	T4.44
T4.48 (r)(RIPr \equiv M(\exists y)(\exists x)(REGry · (MODyx v ASPyx v ASPy \perp x v STAy _x)))	T4.47, T4.6

Se trata de una diferencia estructural, que se manifiesta en la distinta naturaleza de los temas de una y otra clase de reglas. Las reglas téticas son inmediata o téticamente prescriptivas, al consistir ellas mismas en modalidades, expectativas o estatus. Las reglas hipotéticas lo son en cambio mediata o hipotéticamente, al estar las modalidades, expectativas o estatus no ya dispuestas por ellas, sino predispuestas para la hipótesis de que se den los temas que regulan. La existencia de las reglas téticas equivale por tanto a la existencia de las prescripciones que expresan, ya sean modalidades, expectativas o estatus, que se identifican con ellas. La existencia de las reglas hipotéticas, en cambio, supone sólo la *posible* existencia de modalidades, expectativas o estatus cuando tengan lugar las hipótesis que contemplan. A diferencia de las reglas téticas, estas reglas no son por tanto inmediatamente prescriptivas: no disponen directamente situaciones o estatus, sino que los predeterminan como calificaciones deónticas u ónticas de sus correspondientes temas. Tómense como ejemplos la norma que tipifica como delito el hurto, la relativa a la libertad de expresión del pensamiento, o la que establece la ciudadanía de las personas nacidas en el territorio del Estado: son normas téticas, en cuanto disponen la prohibición del hurto, el derecho de libre expresión del pensamiento o el estatus de ciudadano para la clase de los nacidos en el territorio del Estado. Por el contrario, las normas que establecen la obligación de imponer una determinada pena para el hurto, que regulan los modos de adquirir la propiedad privada, o que establecen las formas y los efectos del matrimonio, no disponen nada de modo inmediato: son

normas hipotéticas, en cuanto predisponen la obligación de la condena en la hipótesis de que tenga lugar un hurto, o los derechos y deberes producidos por un hipotético acto de adquisición de la propiedad o por un hipotético matrimonio. Se comprenderá la relevancia en la fenomenología del derecho de esta diferencia estructural, que se reproducirá en el capítulo VIII para la esfera de las normas jurídicas. Las reglas téticas son ellas mismas las modalidades, las expectativas o los estatus que disponen; las hipotéticas son previsiones de posibles modalidades, expectativas o estatus para la hipótesis de que se den las condiciones que contemplan. Las figuras de calificación dispuestas por las primeras son creadas de modo inmediato; las predispuestas por las segundas son creadas de manera mediata, esto es, si y sólo si se producen las condiciones que contemplan como hipótesis.

4.6. *Reglas deónticas y reglas constitutivas.*

Una cuatripartición de las reglas

Hay una segunda y no menos importante distinción que podemos llevar a cabo dentro de la esfera de las reglas, mediante otra descomposición —relativa esta vez a los temas regulados— de las disyunciones expresadas por el postulado P7: la bien conocida en la literatura ius-analítica y en parte mostrada ya, si bien con referencia a los preceptos (D4.4, D4.5), que media entre *reglas deónticas*, que son o predeterminan modalidades o expectativas deónticas, y *reglas constitutivas*, que son o predeterminan estatus ónticos.

D4.8 '*Regla deóntica*' es toda regla que disponga o predisponga modalidades deónticas o expectativas positivas o negativas.

$$(r)(x)(RDErx \equiv (REGr \cdot ((MODrx \vee ASPrx \vee ASPr\perp x) \vee (\exists y)((MODyx \vee ASPyx \vee ASPy\perp x) \cdot REGry))))$$

D4.9 '*Regla constitutiva*' es toda regla que disponga o predisponga un estatus.

$$(r)(x)(RCOrx \equiv (REGr \cdot (STARx \vee (\exists y)(STAyx \cdot REGry))))$$

Esta segunda distinción reproduce en gran medida, en la esfera de las reglas, la que media entre preceptos deónticos y preceptos constitutivos¹⁷. También ella, al igual que ocurre con la distinción entre reglas téticas y reglas hipotéticas, puede esclarecerse mejor si se prescinde de que se den efectivamente los temas regulados.

Las *reglas deónticas* son aquellas con las que quedan dispuestas o predispuestas figuras deónticas típicas por la abstracción de los comportamientos que son su actuación y/o por la generalidad de los sujetos a los que están destinadas: por un lado las reglas (téticas) que consisten de modo inmediato en modalidades o expectativas, como las expresadas

por los carteles «prohibido fumar», «cierren la puerta», «prohibido pisar el césped» o las normas de la Constitución italiana según las cuales todos tienen derecho a la salud y a la educación; por otro, las reglas (hipotéticas) que predeterminan modalidades o expectativas para la hipótesis de que se lleven a cabo los comportamientos que regulan, como las normas sobre la formación de los que en el capítulo IX llamaré ‘actos preceptivos’, desde los negocios privados a las resoluciones públicas, o las relativas a la responsabilidad o a la anulabilidad subsiguientes a hipotéticos actos ilícitos o inválidos (T4.49).

Las *reglas constitutivas*, por el contrario, son aquellas con las que quedan establecidas o preestablecidas calificaciones ónticas, a su vez típicas por la generalidad de los sujetos o por la abstracción de los objetos calificados: por un lado las reglas (téticas) que constituyen de modo inmediato los estatus a los que se refieren, como las reglas sobre los movimientos de las piezas del ajedrez, o el artículo 2 del Código Civil italiano sobre la mayoría de edad y la adquisición de la capacidad de obrar al cumplir dieciocho años; por otro, las reglas (hipotéticas) que preconstituyen los estatus de sus hipotéticos temas, como los artículos 2082 y 2083 del mismo Código que definen las figuras de «empresario» y de «pequeño empresario», o el artículo 143 que define la condición de «cónyuge» y los correspondientes deberes y derechos generados por el matrimonio (T4.50).

$$\text{T4.49 (r)}(\text{RDEr} \equiv ((\text{REGr} \cdot (\text{MODr} \vee \text{ASPr})) \vee \text{M}(\exists y)(\exists x)(\text{REGry} \cdot (\text{MODyx} \vee \text{ASPyx} \vee \text{ASPy}\perp x)))) \quad \text{D4.8}$$

$$\text{T4.50 (r)}(\text{RCOr} \equiv ((\text{REGr} \cdot \text{STAr}) \vee \text{M}(\exists y)(\exists x)(\text{REGry} \cdot \text{STAyx}))) \quad \text{D4.9}$$

Obviamente, como sabemos, tanto las reglas deónticas como las reglas constitutivas son significados de preceptos (T4.41). En concreto, las reglas deónticas son significados de preceptos deónticos (T4.51); las reglas constitutivas son significados de preceptos constitutivos (T4.52). Por lo demás, mientras que las primeras suponen sólo la posibilidad de la existencia de los temas de las modalidades o las expectativas que disponen téticamente o predisponen hipotéticamente (T4.53), las segundas, con la constitución de los estatus que disponen o predisponen, suponen la existencia inmediata de sus temas (T4.54).

$$\text{T4.51 (r)}(\text{RDEr} \rightarrow (\exists x)(\text{SIGrx} \cdot \text{PDEx})) \quad \text{T4.49, T4.29, T4.7, T2.58}$$

$$\text{T4.52 (r)}(\text{RCOr} \rightarrow (\exists x)(\text{SIGrx} \cdot \text{PCOx})) \quad \text{T4.50, T4.31, T4.7}$$

$$\text{T4.53 (r)}(\text{RDEr} \rightarrow (\text{M}(\exists x)(\text{RTERx} \cdot (\text{MODrx} \vee \text{ASPrx} \vee \text{ASPr}\perp x)) \vee \text{M}(\exists x)(\text{RIPrx} \cdot \text{REGry} \cdot (\exists y)((\text{MODyx} \vee \text{ASPyx} \vee \text{ASPy}\perp x)))))) \quad \text{D4.8, D4.6, D4.7}$$

$$\text{T4.54 (r)}(\text{RCOr} \rightarrow ((\text{RTER} \cdot (\exists x)\text{STArx}) \vee \text{M}(\exists x)(\exists y)(\text{RIPrx} \cdot \text{REGry} \cdot \text{STAyx}))) \quad \text{D4.9, T4.17, D4.6, D4.7}$$

Por otra parte las dos distinciones —entre reglas téticas y reglas hipotéticas y entre reglas deónticas y reglas constitutivas— son ambas exhaustivas, en el sentido de que dan lugar a dos grandes divisiones en la

esfera de las reglas (T4.55, T4.56), relativas la una a sus niveles y la otra a sus temas. Entrecruzándolas, se obtienen por consiguiente cuatro clases de reglas: las *reglas tético-deónticas*, las *reglas tético-constitutivas*, las *reglas hipotético-deónticas* y las *reglas hipotético-constitutivas* (T4.57).

- T4.55 (r)(REGr \equiv (RTEr v RIPr))P7, D4.6, D4.7
- T4.56 (r)(REGr \equiv (RDEr v RCOrr))P7, D4.8, D4.9
- T4.57 (r)(REGr \equiv ((RTEr · RDEr) v (RTEr · RCOrr) v (RIPr · RDEr) v (RIPr · RCOrr)))T4.55, T4.56

reglas	deónticas	constitutivas
téticas	tético-deónticas	tético-constitutivas
hipotéticas	hipotético-deónticas	hipotético-constitutivas

Tenemos así una cuatripartición de las reglas en cuatro subclases, cada una de las cuales, al corresponder al producto lógico de cada uno de los términos de las dos distinciones con un término de la otra, es una figura específica con respecto a éstos. En concreto, las *reglas tético-deónticas* son las reglas que consisten de modo inmediato en modalidades o en expectativas (T4.58): como los imperativos de la señalización vial, las prohibiciones penales o los derechos fundamentales. Las *reglas tético-constitutivas* son las que consisten de modo inmediato en estatus (T4.59): como las reglas que establecen los movimientos propios de las piezas del juego del ajedrez, o las que confieren *ex lege* la capacidad jurídica, la capacidad de obrar o la ciudadanía. Las *reglas hipotético-deónticas* son por su parte las que predisponen modalidades o expectativas destinadas a producirse en las hipótesis previstas por ellas (T4.60): como las normas que regulan la formación de las leyes y en general todas las normas procesales, o las relativas a la responsabilidad por los actos ilícitos o a la anulabilidad de los actos inválidos. Finalmente, las *reglas hipotético-constitutivas* son las reglas que preconstituyen estatus destinados a ser constituidos por los actos que contemplan como hipótesis (T4.61): como las normas sobre los efectos de los actos constitutivos —por ejemplo, del matrimonio, o de la concesión de la ciudadanía— y, por otro lado, todas las definiciones normativas, como las de «gol» o de «jaque mate» en los juegos del fútbol y del ajedrez y todas las definiciones legislativas de los institutos jurídicos que en el capítulo VIII llamaré ‘normas institutivas’. Si prescindimos una vez más de que se den efectivamente sus temas, diremos que mientras que los dos primeros tipos de reglas disponen ellas mismas las modalidades, las expectativas y los estatus que expresan (T4.62-T4.63), los otros dos los predisponen para la hipótesis de que lleguen a darse sus temas (T4.64-T4.65).

- T4.58 (r)(x)((RTERx · RDERx) \equiv (REGr · (MODrx v ASPrx v ASPr \perp x)))
- D4.6, D4.8

T4.59	$(r)(x)((RTEr_x \cdot RCO_r) \equiv (REGr \cdot STAR_x))$	D4.6, D4.9
T4.60	$(r)(x)((RIPr_x \cdot RDEr_x) \equiv (REGr \cdot (\exists y)(REGry \cdot (MODy_x \vee ASPy_x \vee ASPy_{\perp x}))))$	D4.7, D4.8
T4.61	$(r)(x)((RIPr_x \cdot RCO_r) \equiv (REGr \cdot (\exists y)(REGry \cdot STAy_x)))$	D4.7, D4.9
T4.62	$(r)((RTEr \cdot RDEr) \equiv (REGr \cdot (MODr \vee ASPr)))$	T4.46, T4.49
T4.63	$(r)((RTEr \cdot RCO_r) \equiv (REGr \cdot STAR))$	T4.46, T4.50
T4.64	$(r)((RIPr \cdot RDEr) \equiv (REGr \cdot M(\exists y)(\exists x)(REGry \cdot (MODy_x \vee ASPy_x \vee ASPy_{\perp x}))))$	T4.47, T4.49
T4.65	$(r)((RIPr \cdot RCO_r) \equiv (REGr \cdot M(\exists y)(\exists x)(REGry \cdot STAy_x)))$	T4.47, T4.50

Volveré sobre el análisis de esta tipología de las reglas en los §§ 8.2 y 8.3, en los que la reproduciré para la esfera de las normas jurídicas, y luego en la parte tercera, donde se revelará extraordinariamente fecunda para la explicación de todos los fenómenos normativos. Entretanto, podemos poner de manifiesto cómo los diferentes sistemas deónticos pueden ser caracterizados según la diferente naturaleza de las reglas de las que en su totalidad o principalmente están dotados. De ese modo, diremos que las reglas morales son todas deónticas¹⁸. En cambio, las reglas de los juegos son principalmente constitutivas: ya sean tético-constitutivas, como las referentes a los movimientos de las distintas piezas del ajedrez o al papel de «portero» en el juego del fútbol, o hipotético-constitutivas, como las que predisponen las condiciones en presencia de las cuales se tiene «jaque mate» o «jaque al rey» o un «gol». Aunque muchos juegos —como típicamente el del ajedrez— sean regulados enteramente por reglas constitutivas, no faltan en otros juegos reglas deónticas: por ejemplo, las prohibiciones para los jugadores de fútbol de dar empujones o de tocar el balón con las manos. En cuanto al derecho, que es indudablemente el más complejo de todos los sistemas deónticos, está dotado —como veremos en el § 8.3— de los cuatro tipos de reglas (téticas, hipotéticas, deónticas y constitutivas) en las cuatro diferentes combinaciones expresadas por la tesis T4.57.

4.7. *Las reglas como significados y como «razones para la acción».* *La observancia y la inobservancia de las reglas deónticas*

Las reglas, como se ha dicho (T4.40), son «significados». ¿Pero qué significa «significado de una regla»? ¿Y cuál es la específica dimensión pragmática conferida a dichos significados por su alcance universal, en comparación con la de los significados expresados por las modalidades, expectativas y estatus de tipo particular?

Una explicación eficaz del significado de «significado de una regla» es la que ofrece Norbert Hoerster y retoma Letizia Gianformaggio con la noción de «*valor (prescriptivo)*» de la regla «entre» determinados individuos o grupos. Con esta expresión se refiere Hoerster al empleo de la regla por parte de éstos como criterio de conducta y/o juicio. Tómese como ejemplo la frase «entre los Müller (o en la familia Müller) vale

para los niños una regla que prohíbe leer en la mesa»¹⁹. El significado de esta regla deóntica no es sino su *valor deóntico* en la familia Müller, es decir, su constante asunción por parte de sus miembros como criterio de conducta. Del mismo modo, el significado de una regla constitutiva del tipo «en la familia Müller son (considerados) niños los miembros de edad inferior a los catorce años» no es sino su *valor constitutivo* del estatus de «niños» entre los miembros de dicha familia, esto es, su constante asunción por parte de éstos como criterio de identificación de los niños y de los adultos. En el primer caso, condición de sentido (deóntico) de la regla es la posibilidad de que los niños sean capaces, por su edad, de leer en la mesa. En el segundo, condición de sentido (constitutivo) de la regla es la existencia en la familia Müller de miembros con edad inferior a los catorce años.

Es claro que la diferencia entre significado deóntico y significado constitutivo de los dos tipos de reglas está ligada a su distinta relación con sus correspondientes temas. Las reglas deónticas, como las normas penales o la regla de los Müller que prohíbe a los niños leer en la mesa, tienen como tema sólo los eventuales, posibles actos que son su actuación. En cambio, las reglas constitutivas, como las normas sobre los bienes demaniales, o sobre la mayoría de edad, o la regla de los Müller sobre la noción de «niño», tienen como tema objetos o sujetos existentes respecto a los cuales constituyen de modo inmediato el estatus de bien demanial, de mayor de edad o de niño. Las primeras establecen criterios de conducta; las segundas, criterios de identificación. Las primeras son aplicables, en el sentido de ‘aplicación’ que será precisado en el capítulo IX (D9.34); las segundas son inmediatamente operativas, en el sentido de que constituyen los estatus a los que se refieren. En todos los casos las reglas, sean deónticas o constitutivas, no sólo son significados, sino que confieren significado, gracias a su abstracción, a toda la clase de los temas que regulan. El movimiento de la torre sobre el tablero, repito, tiene el sentido que le confiere la regla del ajedrez relativa a sus movimientos; la adquisición de una entrada en la taquilla de un teatro es percibida como debida en virtud del significado prescriptivo que le asocian normas del código civil; el acto del que se apodera de una cosa mueble ajena sustrayéndola a quien la tiene es percibido como un hurto en virtud del significado del artículo 624 del Código Penal.

En esta dimensión pragmática de las reglas, esto es, en su percepción como significados prescriptivos, es donde reside su normatividad. Y es en ella donde, en una primera aproximación, podemos identificar el papel de las reglas como *razones para la acción* que se analizará mejor en los §§ 5.7, 8.9 y 10.22: una regla deóntica —ya sea una norma jurídica, la regla de un juego o una regla de etiqueta— es una razón de la acción si vale para orientar los comportamientos y acaso para generar modelos de comportamiento socialmente compartidos²⁰. No robamos, nos paramos ante el semáforo en rojo, saludamos a nuestros conocidos por la calle, o los niños no leen en la mesa «porque éstas son las reglas»: así se hace

y así se debe hacer, en un ordenamiento jurídico, en una comunidad de personas bien educadas o en la familia Müller.

Hay por otra parte una diferencia entre la prescriptividad de las reglas deónticas y la de las reglas constitutivas, subsiguiente a la diferencia que aquí se ha mostrado entre el significado deóntico de las primeras y el significado constitutivo de las segundas, simétrica a su vez a la ya analizada en el § 4.3 entre preceptos deónticos y preceptos constitutivos. Consiste en la distinta relación que tienen las reglas deónticas y las reglas constitutivas con los hechos que en virtud de ellas son inteligibles o que califican: mientras que las reglas deónticas, como se ha visto, al ser significados de preceptos deónticos (T4.51) suponen sólo la posibilidad de la existencia de sus temas (T4.53, T4.22), las reglas constitutivas, al ser significados de preceptos constitutivos (T4.52), suponen en cambio su existencia inmediata (T4.54, T4.24). Esto quiere decir que mientras que las primeras son observables o violables, las segundas son inviolables. Por lo tanto, hablar de observancia e inobservancia —y, consiguientemente, de efectividad e ineffectividad— sólo tiene sentido a propósito de las reglas deónticas, y no de las constitutivas.

A partir de todo ello defino '*observancia*' e '*inobservancia*' como cualquier tema del que una regla establezca o preestablezca en el primer caso facultades, obligaciones o expectativas positivas y en el segundo prohibiciones o expectativas negativas.

D4.10 '*Observancia*' es aquello de lo que una regla dispone o predispone la facultad, la obligación o la expectativa positiva.

$$(x)(r)(OSSx \equiv (REGr \cdot ((FACrx \vee OBLrx \vee ASPrx) \vee (\exists y)((FACyx \vee OBLyx \vee ASPyx) \cdot REGry))))$$

D4.11 '*Inobservancia*' es aquello de lo que una regla dispone o predispone la prohibición o la expectativa negativa.

$$(x)(r)(IOSx \equiv (REGr \cdot ((DIVrx \vee ASPr\perp x) \vee (\exists y)((DIVyx \vee ASPy\perp x) \cdot REGry))))$$

De ello deriva una tesis de gran relevancia: existe una relación biúnívoca entre observancia e inobservancia, por un lado, y reglas deónticas, por el otro. La observancia y la inobservancia son predicables únicamente de las reglas deónticas, cuyos temas, por otra parte, consisten siempre o en su observancia o en su inobservancia.

$$T4.66 (x)(y)(RDEyx \equiv (OSSxy \vee IOSxy))$$

$$D4.8, D4.10, D4.11, T2.17$$

Nuestras dos definiciones sugieren además otras dos consideraciones. La primera es que la observancia y la inobservancia, al igual que las reglas deónticas a las que se refieren, no tienen necesariamente como tema inmediato un comportamiento, sino que pueden referirse también a aspectos, elementos o circunstancias de comportamientos. Por ejem-

plo, las reglas acerca de la producción de decisiones exigen, como veremos en su momento, operaciones complejas y detalladas de distintos modos, de manera que pueden tener como tema simples requisitos de forma o de significado. En estos casos la observancia y la inobservancia se manifiestan en la correspondencia o no correspondencia a las reglas no directamente de los actos decisorios, sino de los elementos o circunstancias de los mismos —ya sean formales o sustanciales— que son requeridos como condiciones de su validez: como la satisfacción de tal o cual requisito procedimental o de este o aquel límite de contenido. Los temas u objetos de ‘observancia’ e ‘inobservancia’ —y a la vez de regulación y de calificación deóntica— serán entonces las *formas* de los actos, a propósito de las cuales hablaré de ‘conformidad’ y ‘disconformidad’ (D9.14, T9.126 y T9.129), o bien sus *significados*, a propósito de los cuales hablaré de ‘coherencia’ e ‘incoherencia’ (D9.15, T9.127 y T9.128) respecto a las normas deónticas de grado supraordenado a ellos.

La segunda consideración se refiere al hecho de que la observancia, a diferencia de lo que ocurre con el significado corriente del término, incluye no sólo lo que la regla impone como obligatorio sino también lo que consiente como facultativo (T4.67). Por continuar con nuestro ejemplo, mientras que los requisitos de forma suelen estar previstos como obligatorios por las normas sobre la producción de decisiones, de modo que sólo son observados por las formas conformes con los mismos, los vínculos de significado suelen estar previstos como límites a las facultades decisorias, de modo que son observados por cualquier significado decidido facultativamente excepto los prohibidos en tanto que incoherentes con dichos límites. Se sigue de ello, habida cuenta de que la inobservancia siempre está prohibida (T4.68), que ‘observancia’ e ‘inobservancia’ son la una la negación de la otra (T4.69, T4.70).

T4.67 (x)(y)(OSSxy \rightarrow (FCOx \vee OBBx)) D4.10, D2.3, D2.4, T2.60

T4.68 (x)(y)(IOSxy \rightarrow VIEx) D4.11, D2.5, T2.61

T4.69 (x)(y)(OSSxy \equiv (\neg IOSxy \cdot RDEyx)) T4.66, T4.67, T4.68, T1.45

T4.70 (x)(y)(IOSxy \equiv (\neg OSSxy \cdot RDEyx)) T4.66, T4.69

Gracias a estas dos características estructurales, los conceptos de ‘observancia’ y de ‘inobservancia’ se revelarán esenciales para el análisis de la compleja fenomenología de esos peculiares preceptos que son los actos jurídicos decisorios: en primer lugar, para la definición de la correspondencia (de las formas) y de la coherencia (de los significados) de las decisiones con las normas acerca de su producción, sobre las que basaré respectivamente las categorías de la vigencia y la validez formal y la de la validez sustancial; en segundo lugar, para la explicación de la diferencia entre decisiones discrecionales (que sólo han de respetar prohibiciones) y decisiones vinculadas (a la observancia de obligaciones); en tercer lugar, y consiguientemente, para la distinción entre funciones de gobierno y funciones de garantía, limitadas las primeras por el mero

respeto debido a las normas supraordenadas a ellas y vinculadas las segundas a su aplicación sustancial; y, en cuarto lugar, para la justificación de la distinta fuente de legitimación —la representación política y la sujeción a la ley— y la subsiguiente separación de dichas funciones.

Mientras tanto nuestras dos categorías nos permiten ya definir de manera satisfactoria una noción central tanto de la teoría del derecho como de la sociología jurídica: el grado de efectividad y de ineffectividad de las reglas deónticas.

4.8. *El ‘grado de efectividad’ y el ‘grado de ineffectividad’ de las reglas*

El presupuesto de la efectividad de una regla está en que su significado o valor prescriptivo sea compartido socialmente: con otras palabras, que sea apta, en virtud de su aceptación o por lo menos de su percepción como regla, para producir una práctica social y para conferir sentido normativo a la acción social que regula. En caso contrario la regla es ineffectiva por el simple hecho de que no vale (es decir, no es asumida, no funciona) como regla. Éste es el sentido de nuestras tesis T4.3-T4.5 y T4.40-T4.42, según las cuales las reglas son significados y al mismo tiempo, en tanto que tales, dan significado deóntico a los temas que regulan. Cuando encuentro una cola ante una taquilla y me pongo al final de la misma a la espera de mi turno, tanto la cola como mi comportamiento mismo tienen un sentido en cuanto expresiones no de una cierta inclinación a la simetría, sino de la regla relativa al orden de acceso a la taquilla de los integrantes de la cola, que a su vez es un significado prescriptivo compartido y aceptado por todos ellos.

Esta dimensión pragmática del significado de las reglas, implícita en el postulado P6, es no obstante un requisito insuficiente, aunque necesario, para dar cuenta de su efectividad o ineffectividad. Para tal fin hay que hacer referencia a la existencia (o acaecimiento) de los temas calificados por las reglas deónticas: las cuales, como sabemos, son esquemas de calificación que, al igual que las modalidades y expectativas que contienen (T2.2, T2.3), suponen no el ser sino el «poder ser», no la existencia efectiva, sino sólo la posibilidad de existencia de los comportamientos prescritos por ellas (T4.19, T4.53). En efecto, también para las reglas deónticas, como para las modalidades y las expectativas, la comisión o la omisión de los comportamientos regulados son hechos contingentes, extraños a su estructura lógica. Y también para ellas, por consiguiente, el juicio de *‘efectividad’* o de *‘ineffectividad’* es un juicio empírico *a posteriori*, o de hecho, acerca de la realización o no realización de los comportamientos que constituyen su observancia o inobservancia. Por eso este juicio sólo es pertinente en relación con las reglas deónticas, ya que sólo a propósito de ellas, como se ha visto, tiene sentido hablar de observancia o de inobservancia (T4.66); mientras que no lo tiene en relación con las reglas constitutivas, que instituyen calificaciones ónticas

y por tanto son inviolables y, por así decirlo, constitutivas de su observancia (T4.20, T4.59).

Por otra parte, la caracterización semántica de la efectividad y la ineffectividad de las reglas deónticas es, en una primera y elemental aproximación, idéntica a la expresada para las modalidades y expectativas en general por las definiciones D2.13 y D2.14, de las que por consiguiente es derivable. En concreto: las reglas deónticas que disponen facultades, obligaciones o expectativas positivas son efectivas si y sólo si tiene lugar su actuación e ineffectivas en caso contrario (T4.71); a la inversa, las que disponen prohibiciones o expectativas negativas son efectivas si y sólo si no tiene lugar su actuación e ineffectivas en caso contrario (T4.72). Por tanto, si tiene lugar la actuación de una regla deóntica, entonces es efectiva si la modalidad (o la expectativa) que dispone es una facultad, una obligación o una expectativa positiva, e ineffectiva si es una prohibición o una expectativa negativa (T4.73). Y al contrario, si no tiene lugar ninguna actuación suya, entonces es efectiva si dicha modalidad es una prohibición o una expectativa negativa, e ineffectiva si es una facultad, una obligación o una expectativa positiva (T4.74). Hablaremos por tanto de una dimensión pragmática de las reglas deónticas, que son efectivas en tanto en cuanto sus significados sean percibidos socialmente como criterios de calificación y orientación de los temas que son su actuación (T4.75).

- T4.71 $(y)((RDEy \cdot (FACy \vee OBLy \vee M(\exists x)ASPyx)) \rightarrow ((ETTy \equiv (\exists x)ATZxy) \cdot (INEy \equiv \neg(\exists x)ATZxy)))$ D2.13
- T4.72 $(y)((RDEy \cdot (DIVy \vee M(\exists x)ASPy\perp x)) \rightarrow ((ETTy \equiv \neg(\exists x)ATZxy) \cdot (INEy \equiv (\exists x)ATZxy)))$ D2.14
- T4.73 $(y)((RDEy \cdot (\exists x)ATZxy) \rightarrow (((FACy \vee OBLy \vee M(\exists x)ASPyx) \rightarrow ETTY) \cdot ((DIVy \vee M(\exists x)ASPy\perp x) \rightarrow INEy)))$ T4.71, T4.72
- T4.74 $(y)((RDEy \cdot \neg(\exists x)ATZxy) \rightarrow (((DIVy \vee M(\exists x)ASPy\perp x) \rightarrow ETTY) \cdot ((FACy \vee OBLy \vee M(\exists x)ASPyx) \rightarrow INEy)))$ T4.71, T4.72
- T4.75 $(r)((REGr \cdot ETT_r) \rightarrow ((M(\exists x)(FACr_x \vee OBLr_x \vee ASPr_x) \rightarrow (SIGr \cdot (\exists x)ATZxr)) \cdot (M(\exists x)(DIVr_x \vee ASPr\perp x) \rightarrow (SIGr \cdot \neg(\exists x)ATZxr))))$ D2.13, D2.14, T4.40

Estas tesis se refieren sin embargo a la efectividad e ineffectividad de las reglas deónticas en relación con sus actuaciones determinadas singularmente. Como tales, permiten hacer juicios de efectividad o de ineffectividad de naturaleza «contingente», es decir, referidos caso por caso a la producción o no de sus actuaciones particulares. Pero sabemos que las reglas tienen alcance «universal»: establecen modalidades o expectativas típicas, cuyos posibles temas tienen forma general o abstracta, refiriéndose por tanto a una clase o tipo de actuaciones (T4.15-T4.16 y T4.36-T4.39). Por consiguiente, si se contempla no la actuación o no actuación singular, sino la clase completa de las posibles actuaciones o no actuaciones, nuestras tesis permiten hacer juicios concluyentes de efectividad o de ineffectividad sólo en dos hipótesis límite: la de la *total ineffectividad*

de las reglas que establecen facultades, obligaciones o expectativas positivas y la de la *total efectividad* de las reglas que establecen prohibiciones o expectativas negativas, satisfechas ambas por la inexistencia —es decir, por la omisión permanente y general— del comportamiento que constituye la actuación de las modalidades que prescriben. En los demás casos —esto es, si existe o tiene lugar al menos una vez la actuación de la regla— nuestras tesis permiten afirmar tan sólo que la regla es ‘efectiva’ (si dispone o predispone facultades, obligaciones o expectativas positivas) o ‘inefectiva’ (si dispone o predispone prohibiciones o expectativas negativas) en alguna medida indeterminada (y en todo caso en el supuesto del que se habla). Por ejemplo, dada la regla «los ciudadanos tienen derecho a reunirse pacíficamente y sin armas», establecida por el artículo 17 de la Constitución italiana, nuestras nociones de efectividad e ineffectividad nos permiten afirmar tan sólo que es ineffectiva en el caso de que la facultad de reunirse no se ejerza nunca y/o sea siempre impedida y violada (o sea, nunca tenga lugar ninguna reunión), y que es efectiva en alguna medida si se ejerce al menos una vez; pero en este segundo caso no nos dicen nada acerca de la *medida* de su efectividad. Del mismo modo, dada una regla que establece una prohibición —por ejemplo, el séptimo mandamiento «no robarás»—, nuestras nociones nos permiten afirmar que es efectiva si nunca se produce su desobediencia, es decir, si nunca se produce ningún hurto, y que es ineffectiva en alguna medida si aunque sea una sola vez tiene lugar su desobediencia, o sea, si se produce algún hurto; pero en este segundo caso, de nuevo, no nos dicen nada acerca de la medida de su ineffectividad.

Se comprenderá que con semejante indeterminación nuestras tesis en materia de efectividad e ineffectividad de las reglas son de escasísima utilidad explicativa. Para evitar esta indeterminación introduciré por tanto dos conceptos cuantitativos²¹: el de ‘*grado de efectividad*’ y el de ‘*grado de ineffectividad*’ de las reglas deónticas. En el plano empírico, la determinación cuantitativa (o medida) de dicho «grado» viene dada por la constatación —basada en investigaciones sociológicas acerca de lo que sucede de hecho, no en referencias normativas acerca de lo que debe suceder— del número de comportamientos que en periodos de *tiempo* y porciones de *espacio* determinados suponen la actuación de las modalidades o de las expectativas que constituyen el contenido de la regla. Así, para continuar con los ejemplos propuestos, el grado de efectividad en el tiempo *t* y en el espacio *e* de la regla que establece la libertad de reunión viene dado por el número de reuniones que se desarrollan sin impedimento en el tiempo *t* y en el espacio *e*; y el grado de ineffectividad, por ejemplo en Italia en el año 1987, de la norma penal que prohíbe el hurto viene dado por el número de hurtos cometidos en 1987 y que, considerando sólo los denunciados y por tanto tomados en cuenta por las estadísticas, fue de 1.268.928²².

Las definiciones que propondré aquí del ‘grado’ o ‘*tasa de efectividad*’ y del ‘grado’ o ‘*tasa de ineffectividad*’ de las reglas deónticas habrán

de recurrir por tanto, a fin de dar satisfacción de un modo más analítico a nuestra noción semántica de ‘efectividad’, a una técnica de formalización más compleja que la adoptada hasta el momento y que sea capaz de hacer referencia al *número* de las actuaciones cuya efectividad o ineffectividad son mensurables en cada caso. Adoptaré en el *definiendum* de estas dos definiciones —también parciales o contrafácticas, como las de ‘efectividad’ e ‘ineffectividad’ de las modalidades y de las expectativas introducidas en el § 2.6 (D2.13 y D2.14)— no los simples predicados ‘ETT’ e ‘INE’, sino los predicados ‘ETTⁿ’ e ‘INEⁿ’, esto es, ‘efectiva’ o ‘inefectiva en grado *n* en el tiempo *t* y en el espacio *e*’; y utilizaré en el *definiens* un nuevo operador de cuantificación, apto para vincular a dicho grado la variable subjetiva de la que se predica la actuación o la no actuación: no el simple cuantificador existencial ‘(∃*x*)’ (‘hay al menos un *x*’), sino el cuantificador existencial numerado con referencia a un tiempo y un espacio determinados ‘(∃ⁿ*x*)’ (‘hay, en el tiempo *t* y en el espacio *e*, un número *n* de *x*’).

D4.12 *Una regla deóntica tiene en el tiempo *t* y en el espacio *e* una ‘efectividad’ de grado *n* si y sólo si en dicho tiempo y espacio es observada un número *n* de veces.*

(y)(RDEy → (ETTⁿy ≡ (∃ⁿ*x*)OSSxy))

D4.13 *Una regla deóntica tiene en el tiempo *t* y en el espacio *e* una ‘ineffectividad’ de grado *n* si y sólo si en dicho tiempo y espacio es violada un número *n* de veces.*

(y)(RDEy → (INEⁿy ≡ (∃ⁿ*x*)IOSxy))

El grado de efectividad y el grado de ineffectividad de una regla se miden por tanto por la cantidad de casos en los que es observada y de casos en los que es violada por un comportamiento comisivo de observancia o de inobservancia. Por lo tanto, son predicables sólo *a posteriori*, a partir de investigaciones sociológicas y estadísticas sobre lo que sucede de hecho en periodos y en localizaciones determinadas. Por otra parte, la fenomenología de la efectividad varía dependiendo del tipo de comportamiento regulado y de la cantidad y calidad de las reglas que lo disciplinan. El caso más simple es el de las reglas tético-deónticas, cuya efectividad e ineffectividad se manifiestan en la actuación o en la no actuación de las modalidades o de las expectativas en las que consisten. Bastante más complejo es el caso de gran parte de las reglas hipotético-deónticas, como por ejemplo las normas sobre la producción de los actos jurídicos complejos que en el capítulo IX llamaré ‘actos formales’, ‘actos preceptivos’ y ‘decisiones’: en tal caso observancia e inobservancia pueden convivir, obviamente respecto a reglas hipotético-deónticas diferentes, en un mismo acto. Por ejemplo, un negocio jurídico, una ley o una sentencia bien pueden observar todas, algunas o ninguna de

las formas previstas por las que llamaré ‘normas formales’ acerca de su formación (D9.11) y al mismo tiempo observar o no los significados prescriptivos dictados por las que llamaré ‘normas sustantivas’ acerca de su producción (D9.12): pueden ser válidos formal y sustancialmente, válidos formalmente pero no sustancialmente o a la inversa, o bien inexistentes sin más. Para tales actos habrá por tanto una variada gama de vicios —formales o sustanciales, subsanables o insanables—, que a su vez hace complejo el juicio de efectividad o de ineffectividad de las normas relativas a su producción.

En todos los casos —a excepción del caso límite de falta de cualquier actuación (T4.74) y por tanto, según que se trate de reglas que prohíben o que permiten, de total efectividad o de total ineffectividad— la constatación empírica del grado de efectividad o de ineffectividad de una regla sólo puede tener como objeto las comisiones de los comportamientos previstos por ella, es decir, sus actuaciones (por ejemplo, los casos de ejercicio de la libertad de reunión, los casos de hurto, los casos de observancia pero también de inobservancia comisiva de las normas sobre la producción por parte de actos válidos o inválidos, etc.), pero no las omisiones o no actuaciones (por ejemplo, las reuniones que no han tenido lugar, los hurtos que no se han producido, etc.). Diremos entonces, en todos estos casos, que las reglas deónticas son efectivas en grado n si son ejercidas, obedecidas o satisfechas un número n de veces (T4.76), mientras que son ineffectivas en grado n si son desobedecidas o violadas un número n de veces (T4.77).

$$\begin{aligned} \text{T4.76 (r)} & (\text{RDEr} \rightarrow ((\exists^n x)(\text{REGr} \cdot (((\text{ESExr} \vee \text{OTTxr} \vee \text{SODxr}) \vee \\ & (\exists y)((\text{ESExy} \vee \text{OTTxy} \vee \text{SODxy}) \cdot \text{REGry})))))) \rightarrow \text{ETT}^n \text{r})) \\ & \text{D4.12, D4.10, D2.8, D2.9, D2.11} \\ \text{T4.77 (r)} & (\text{RDEr} \rightarrow ((\exists^n x)(\text{REGr} \cdot (((\text{INOxr} \vee \text{VIOxr}) \vee (\exists y)((\text{INOxy} \vee \\ & \text{VIOxy}) \cdot \text{REGry})))))) \rightarrow \text{INE}^n \text{r})) \\ & \text{D4.13, D4.11, D2.10, D2.12} \end{aligned}$$

A la inversa, dada una regla deóntica cualquiera, pueden darse dos casos: o no sucede nada, esto es, no tiene lugar ninguna actuación suya, y entonces la regla es pura y simplemente efectiva si se trata de una regla que prohíbe y pura y simplemente ineffectiva si se trata de una regla que permite (T4.74); o bien tiene lugar en algún caso su actuación, y entonces la regla es en alguna medida ineffectiva en el primer caso y en alguna medida efectiva en el segundo y se plantea el problema de determinar su grado de efectividad o de ineffectividad. Obviamente ésta es con mucho la hipótesis más relevante, debido a la divergencia fisiológica y varias veces puesta de manifiesto entre normatividad y efectividad. Dicha hipótesis queda por tanto bien representada por el siguiente teorema, que muestra a la vez las condiciones en las que puede hablarse de grado de efectividad de las reglas que permiten y de grado de ineffectividad de las reglas que prohíben:

T4.78 *Para toda regla deóntica y, dado un número n de actuaciones suyas en el tiempo t y en el espacio e, hay una efectividad suya de grado n en el tiempo t y en el espacio e si y sólo si se trata de una regla que dispone o predispone facultades, obligaciones o expectativas positivas; y una ineffectividad de grado n en el tiempo t y en el espacio e si y sólo si se trata de una regla que dispone o predispone prohibiciones o expectativas negativas.*

$$(r)((RDEr \cdot (\exists^n x)ATZxr) \rightarrow ((ETT^nr \equiv (\exists^n x)(REGr \cdot ((FACrx \vee OBLrx \vee ASPrx) \vee (\exists y)((FACyx \vee OBLyx \vee ASPyx) \cdot REGry)))) \cdot (INE^nr \equiv (\exists^n x)(REGr \cdot ((DIVrx \vee ASPr\perp x) \vee (\exists y)((DIVyx \vee ASPy\perp x) \cdot REGry))))))$$

D4.12, D4.13, D4.10, D4.11

Naturalmente, las posibilidades de constatación de la ineffectividad se limitan a los casos conocidos y documentados de algún modo, quedando siempre sin conocer una cierta «cifra oscura» de la ineffectividad. Por otra parte, al no ser calculables las omisiones sino sólo las comisiones, las posibilidades de determinación se limitan para las reglas que establecen facultades sólo al grado de efectividad y para las reglas que establecen prohibiciones sólo al grado de ineffectividad. Sólo en relación con las reglas que establecen obligaciones es determinable tanto el grado de efectividad como el de ineffectividad: de la obligación de pararse en un cruce expresada por un semáforo en rojo, por ejemplo, son calculables a lo largo de un tiempo determinado tanto las observancias de cuantos se detienen como las inobservancias de los que no se detienen. Ello no impide que incluso en relación con las reglas que establecen facultades o prohibiciones, una vez determinado el grado de efectividad de las primeras y el grado de ineffectividad de las segundas, sea posible también valorar, indirectamente, las tasas de ineffectividad y de efectividad de las unas y de las otras.

NOTAS

1. G. Tarello, «Introduzione al linguaggio precettivo» [1968], en *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974, pp. 135-269; Íd., *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, §§ 14-15, pp. 105-108; R. Guastini, *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Giappichelli, Torino, 1985, cap. I; Íd., *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1992, cap. I, pp. 15-30; Íd., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993, cap. I, § 2, pp. 4-6; Íd., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, cap. II, pp. 15-20; P. Chiassoni, «Precetti non logicamente strutturati. In margine alla teoria della norma giuridica di Giovanni Tarello»: *Materiali per una storia della cultura giuridica* XVII/2 (1987), 403-440; P. Comanducci, *Assaggi di metaetica*, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 35-39. Pero recuérdense, con anterioridad, muchas otras distinciones análogas: a) la que media entre «acto normativo» (o «fuente», o «disposición») y «contenido del acto» o «norma», formulada por V. Crisafulli, «Atto normativo», en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, vol. IV, 1959, pp. 238-261; Íd., «Disposizione (e norma)», *ibid.*, vol. XIII, 1964, pp. 195-209; Íd., «Fonti del diritto (diritto costituzionale)»,

ibid., vol. XVII, 1968; b) la que diferencia entre «normas» (*norms*) y «formulaciones normativas» (*norm formulations*), las primeras como significados de las segundas y las segundas como signos de las primeras, llevada a cabo por G. H. von Wright, *Norma y acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid, 1970, cap. VI, § 1, pp. 109-110; c) la que distingue entre «directivos» (*directives*) como «contenidos significativos» y «formas lingüísticas que los expresan» (*linguistic form which expresses a directive*), formulada por A. Ross, *Directives and Norms* [1968], trad. cast. de J. Hierro, *Lógica de las normas*, Tecnos, Madrid, 1971, § 9, p. 42. Hay que recordar finalmente la noción de 'norma' como «sentido de un acto» normativo enunciada por Kelsen en el pasaje citado *infra*, en la nota 1 del capítulo VIII. Análogamente, distingue entre 'norma' y 'enunciado' R. Alexy, *Theorie der Grundrechte* [1986], trad. cast. de E. Garzón Valdés, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, cap. II, § 1.2, pp. 50-55. Sobre la distinción, cf. también E. Bulygin, «Dogmática jurídica y sistematización del derecho» [1983], ahora en C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 465-484.

Puede ser útil precisar desde este mismo momento que la distinción entre prescripciones (consistentes en significados) y preceptos (consistentes en enunciados que son producto de enunciaciones) no se ve afectada por el fenómeno de las normas consuetudinarias o no escritas del que hablaré en el § 12.15: en efecto, el carácter «no escrito» del derecho consuetudinario se refiere a la naturaleza de la fuente, que, como se verá, no es un acto formal sino una actividad consuetudinaria informal, y no a su producto, que en cualquier caso está expresado o es expresable en enunciados como los de los textos en los que usualmente son registradas las costumbres. John R. Searle ha formulado esta característica de los fenómenos lingüísticos mediante el que ha llamado «principio de expresabilidad», en virtud del cual para todo significado, aun no expreso, siempre es posible encontrar un enunciado que sea su expresión o formulación exacta (*Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language* [1969], trad. cast. de L. M. Valdés Villanueva, *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*, Cátedra, Madrid, 2001, § 1.5, p. 28). Sobre la cuestión, véase la nota 2 del capítulo VIII.

2. En esta teoría 'norma' es un término del lenguaje jurídico, que será definido en el capítulo VIII (D8.1) y que designa únicamente las reglas pertenecientes a un ordenamiento jurídico en tanto que producidas por actos o fuentes jurídicas.

* N. del T.: Obsérvese que aquí se usa «*preceptivo*» en la primera acepción del DRAE («Que incluye o encierra en sí preceptos») y no en la segunda («Ordenado por un precepto»). Ocurre lo mismo —y será aún más importante tenerlo en cuenta— cuando se habla en esta obra de «actos *preceptivos*». Aunque en este sentido tal vez hubiera podido resultar más clara alguna traducción alternativa, se ha preferido esta opción para mantener en todo momento el modo en que traza el autor la diferencia entre, por un lado, «preceptos» [*precetti*] y «preceptivo» [*precectivo*] y, por otro, «prescripciones» [*prescrizioni*] y «prescriptivo» [*prescrittivo*].

3. La distinción entre comportamientos preceptivos (o enunciaciones) y signos preceptivos (o enunciados) formulados por los primeros supondría, en lo atinente al cálculo, complicaciones inútiles. Los actos jurídicos preceptivos, que identificaré en el capítulo IX como la clase más importante de los que llamaré 'actos formales', serán definidos por tanto como actos y a la vez como signos, es decir, como comportamientos lingüísticos (D9.7): por ejemplo, la ley —con arreglo a dicha definición— es a la vez el acto y el enunciado, mientras que su

significado, esto es, las normas y las situaciones jurídicas por ella expresadas y producidas, representa su efecto. La distinción se recordará no obstante, aunque no se introducirá formalmente, al final del § 8.1 y, más tarde, en el § 12.12, dedicados a las ‘fuentes’ (de las ‘normas’) y a su jerarquía, donde identificaré los actos (o comportamientos, o enunciaciones normativas) con las llamadas ‘fuentes de producción’ y los signos (o textos, o enunciados normativos) con las llamadas ‘fuentes de conocimiento’.

4. Sobre la cuestión ontológica, considerada decisiva para el «positivismo jurídico», me limito a recordar G. H. von Wright, *Norma y acción...*, cit., cap. VII, pp. 123-142; P. E. Navarro y M. C. Redondo, *Normas y Actitudes Normativas*, Fontamara, México, 1994; R. A. Caracciolo, «Existencia de normas»: *Isonomía* 7 (1997), 159-178; M. C. Redondo, «Algunas consideraciones ontológicas y epistémicas acerca del contenido del derecho», en S. Pozzolo (ed.), *La legge e i diritti*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 29-80. La cuestión es análoga a la más clásica y general, considerada a su vez decisiva para el empirismo, abordada por W. V. O. Quine, *From a Logical Point of View* [1961], trad. cast. de M. Sacristán, *Desde un punto de vista lógico*, prólogo de J. Mosterín, Paidós, Barcelona, 2002; Íd., *Ontological Relativity and Other Essays* [1969], trad. cast. de M. Garrido y J. Ll. Blasco, *La relatividad ontológica y otros ensayos*, Tecnos, Madrid, 1986. Cf. también R. Carnap, «Empiricism, Semantics and Ontology» [1950], trad. cast. de A. Deaño, «Empirismo, semántica y ontología», en J. Muguerza (ed.), *La concepción analítica de la filosofía*, Alianza, Madrid, 1981, pp. 400-419.

5. Esta tesis —ligada a la concepción de la norma como «significado» y por tanto como «producto» y no como «objeto» de interpretación— está en la base de la teoría de la interpretación jurídica de Giovanni Tarello y del papel pragmático que consiguientemente asignaba a la ciencia jurídica. Véanse, además de los escritos citados *supra*, en la nota 1, G. Tarello, «Il ‘problema dell’interpretazione’: una formulazione ambigua» [1966] y «Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell’interpretazione giuridica» [1971], ambos ahora en *Diritto, enunciati, usi...*, cit., parte IV, pp. 389-401 y 403-424; Íd., *L’interpretazione della legge*, cit., caps. I y II; R. Guastini, «Giovanni Tarello giurista», en S. Castignone (ed.), *L’opera di Giovanni Tarello*, Il Mulino, Bologna, 1989, pp. 125 ss. La originalidad de la teoría de Tarello no reside tanto en la tesis, dada ya por supuesta, de la pluralidad de significados asociables a las normas (sostenida, entre otros, por H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1979, § 45, pp. 349 ss.), sino más bien en la concepción de la norma como *posterius* y no como *prius* respecto a la interpretación, así como en las implicaciones epistemológicas que de ello se derivan acerca de la naturaleza creadora —y por tanto «política» en sentido amplio— de la actividad jurídico-interpretativa tanto de la jurisprudencia como de la doctrina jurídica.

6. El comportamiento de actuación de una prescripción puede considerarse en efecto como la referencia empírica de ese elemento de las proposiciones preceptivas que Richard Hare ha llamado «frástico» (por ejemplo, «el cerrar la puerta» en el precepto «*¡cierra la puerta!*»), común a las proposiciones asertivas referidas al mismo tema (en nuestro ejemplo, «en este momento tú *cierras la puerta*») y asociado a un segundo elemento llamado por Hare «néustico», constituido por su función prescriptiva y no asertiva (simbolizada en nuestro ejemplo por los signos de exclamación) (R. M. Hare, *The Language of Morals* [1952], trad. cast. de G. R. Carrió y E. A. Rabossi, *El lenguaje de la moral*, UNAM, México, 1975, § 2, pp. 28 ss.). Sobre la semántica del néustico, cf. G. Tarello, «Osservazioni sulla individuazione dei precetti. La semantica del neustico» [1965], en *Diritto, enunciati, usi...*, cit., pp. 329-361.

7. M. Weber, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, FCE, México, 7.^a reimp. ²1984, Parte I, cap. I, § 1, pp 5-20. Pero cf. también el importante pasaje de Kelsen citado en la nota 14 del capítulo VIII.

8. Sobre el lenguaje performativo, véanse J. L. Austin, «Performative Utterances» [1961], trad. cast. de L. M. Valdés Villanueva, «Emisiones realizativas», en L. M. Valdés Villanueva (ed.), *La búsqueda del significado. Lecturas de filosofía del lenguaje*, Tecnos, Madrid, ⁴2005, pp. 415-430; Íd., *How to do Things with Words* [1962], trad. cast. de G. R. Carrió y E. A. Rabossi, *Cómo hacer cosas con palabras*, Paidós, Buenos Aires, 1971 [Paidós, Barcelona, 1982]; J. R. Searle, *Actos de habla*, cit. Véanse también: P. Amselek (ed.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit* [1986], trad. it. de A. Filipponio, *Teoria degli atti linguistici. Etica e diritto*, Giappichelli, Torino, 1990; S. Castignone, «Le 'parole del fare': Austin, Olivecrona, Ross e la 'fallacia performativa'» [1981], en *Diritto, linguaggio, realtà. Saggi sul realismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 293-318; Íd., «Atti giuridici performativi», en G. Lorini (ed.), *Atto giuridico*, Adriatica, Bari, 2002, pp. 1-28; A. G. Conte, «Atto performativo: il concetto di performatività nella filosofia dell'atto giuridico», *ibid.*, pp. 29-108.

9. Sobre el carácter mágico de las formas jurídicas performativas (por ejemplo, las de la *mancipatio*) en el derecho romano y en general en los derechos arcaicos, véanse los ya clásicos estudios de A. Hägerström, *Der Römische Obligationenbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, 2 vols., Almqvist & Wiksell/Otto Harrassowitz, Uppsala/Leipzig, 1927-1941. La tesis del origen mágico de los performativos la retoma K. Olivecrona, *Rättsordningen* [1971], trad. cast. de L. López Guerra, *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, Labor, Barcelona, 1980, cap. VIII, pp. 207-227. Sobre el pensamiento de Hägerström y de Olivecrona, véanse E. Pattaro, «Riflessioni su Olivecrona»: *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile* (1968), 722-764; Íd., *Il realismo giuridico scandinavo*. I. Axel Hägerström, Cooperativa Libreria Universitaria, Bologna, 1975; C. Faralli, «Diritto e magia. Saggio su Axel Hägerström» [1981], ahora en E. Pattaro (ed.), *Contributi al realismo giuridico*, Giuffré, Milano, 1982, pp. 5-70; y S. Castignone, *Diritto, linguaggio e realtà...*, cit., con amplia bibliografía en el apéndice.

10. Entre la abundante literatura analítica acerca de las normas regulativas y las reglas constitutivas, me limito a recordar: J. R. Searle, «How to Derive 'Ought' from 'Is'» [1964], trad. cast. de M. Arbolí, en Ph. Foot (ed.), *Teorías sobre la ética*, México, FCE, 1974, pp. 151-170, esp. p. 166; Íd., *Actos de habla*, cit., pp. 42 ss. y 189 ss.; A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, ³1974, cap. I, pp. 12-19; Íd., *Lógica de las normas*, cit., cap. III, § 14, pp. 57-61; K. Olivecrona, *El derecho como hecho...*, cit., cap. VIII, pp. 207-227; G. Carcaterra, *Le norme costitutive*, Giuffré, Milano, 1974; Íd., *La forza costitutiva delle norme*, Bulzoni, Roma, 1979; Íd., *Lezioni di filosofia del diritto. Teoria del diritto positivo. Fondazione dei valori etici*, Bulzoni, Roma, 1994; N. Bobbio, «Norma», en *Enciclopedia Einaudi*, Einaudi, Torino, 1980, vol. 9, p. 898; A. G. Conte, «Paradigmi d'analisi della regola in Wittgenstein», en R. Egidi (ed.), *Wittgenstein. Momenti di una critica del sapere*, Guida, Napoli, 1983, pp. 37-82, con amplia bibliografía; Íd., «Regola constitutiva, condizione, antinomia», en U. Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Edizioni di Comunità, Milano, 1983, pp. 21-39; Íd., «Materiali per una tipología delle regole»: *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2 (1985), 345-368; P. Pollastro, «Fenomenología delle regole costitutive»: *Materiali per una storia della cultura giuridica* 1 (1983), pp. 233-262; R. Guastini, «Cognitivismo ludico e regole costitutive», en U. Scarpelli

(ed.), *La teoria generale del diritto...*, cit., pp. 153-176; Íd., «Teoria delle regole costitutive»: *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* (1983), 548-564; P. Leonardi, *Sulle regole*, Libreria Universitaria Editrice, Verona, 1983; T. Mazzarese, «Un libro sulle regole»: *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2 (1984), 505-510; G. Azzoni, «Condizioni costitutive»: *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* (1986), 160-195; Íd., *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole*, Cedam, Padova, 1988; Íd., *Cognitivo e normativo: il paradosso delle regole tecniche*, Angeli, Milano, 1991; P. Di Lucia (ed.), *Ontologia sociale. Potere deontico e regole costitutive*, Quodlibet, Macerata, 2003.

11. Una noción extensísima de «constitutividad» es la propuesta por G. Carcaterra, *Norme giuridiche e valori etici. Saggi di filosofia del diritto*, Bulzoni, Roma, 1991, Parte III, cap. III, pp. 113 ss.

12. John L. Austin habla en este caso de «infortunios» [*infelicities*] de los actos lingüísticos performativos por ausencia de una de las dos condiciones de su eficacia, a saber, las «circunstancias» en que son apropiados, siendo la otra la existencia de la convención invocada por ellos («Emisiones realizativas», cit., p. 418). Véase, *infra*, la nota 34 del capítulo IX.

13. Formulé este criterio de significación de las proposiciones prescriptivas en «Linguaggio assertivo e linguaggio prescrittivo»: *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* (1967), 526 ss. Dicho criterio, al asociar el significado de las proposiciones que expresan reglas deónticas a la posibilidad de existencia del comportamiento regulado, se hace eco del clásico criterio de significación formulado para las proposiciones asertivas por el primer positivismo lógico —en particular por Moritz Schlick y Ludwig Wittgenstein—, consistente en la posibilidad de existencia de las situaciones y hechos descritos por ellas. Sostuve en efecto que, del mismo modo que el significado de las proposiciones asertivas está constituido por su «verificabilidad», y en concreto por su «método de verificación», así también el significado de las proposiciones que enuncian reglas (y, más en general, prescripciones) deónticas está constituido por la posibilidad de las modalidades y expectativas que establecen de ser «realizables» (o «ejercitables», u «obedecibles», o «desobedecibles»), esto es, por su «método de realización» (o de «ejecución»). Se trata, a mi modo de ver, de un criterio relevante tanto en el plano metateórico como en el teórico: en lo referente en particular a las normas jurídicas, permite decidir, antes aún que acerca de su efectividad y validez, acerca de su existencia como significados prescriptivos, es decir, como prescripciones provistas de sentido. *Ad impossibilia nemo tenetur*, se dijo en el § 2.1, precisamente porque la prescripción de un comportamiento imposible (al igual que la de un comportamiento necesario) carece de sentido.

14. Remito a mis trabajos «Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa»: *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* (1966), 290-304; «La semántica de la teoría del derecho», en *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004, cit., p. 34; *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2009, § 4.2, p. 55 y § 11.2, p. 160. Volveré de un modo más analítico sobre esta distinción en los §§ 6.12 y 8.8, y después en el § 9.16, en el que definiré ‘subsunción’ (D9.39) como aplicación sustancial (T9.256) de una norma sobre la producción, consistente en el uso operativo de los términos normativos cuyas reglas de uso dicta dicha norma.

15. He introducido esta distinción en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2009, I, § 3, p. 34; II, § 3, p. 155 y pp. 155-156, nota 32; III, § 2, p. 292 y § 5, p. 329; y, en términos más analíticos, en «Norme tetiche e norme ipotetiche», en P. Di Lucia (ed.), *Ontologia sociale...*, cit., pp. 237-247. La distinción recuerda a aquella otra entre «normas categóricas» y

«normas hipotéticas» formulada, tras los pasos de la clásica distinción kantiana entre imperativos categóricos e imperativos hipotéticos, por N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica* [1958], ahora en N. Bobbio, *Teoría general del derecho*, cit., parte I, § 23, pp. 71-73, § 30, pp. 88-92, § 35, pp. 105-108 y § 51, pp. 149-150, que configura las primeras como imperativos incondicionados o finales, como son típicamente los de la moral, y las segundas como imperativos condicionados, o normas técnicas o instrumentales. La expresión ‘reglas téticas’ —entendiendo por tales una clase de prescripciones por un lado más extensa que la de los imperativos categóricos, al incluir también las reglas atributivas de estatus o de derechos, y por otro más restringida, al incluir (como ocurre por otra parte con la expresión ‘reglas hipotéticas’) sólo las reglas y no los imperativos singulares— recuerda en parte, a su vez, la de «reglas thético-constitutivas» acuñada por Amedeo Giovanni Conte para designar las reglas constitutivas que son condición suficiente de aquello sobre lo que versan, de las que un ejemplo paradigmático vendría dado por las normas derogatorias: A. G. Conte, «Regola costitutiva in Wittgenstein» [1981], en *Filosofia del linguaggio normativo*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 246; Íd., «Regola costitutiva, condizione, antinomia», cit., pp. 23 y 25; Íd., «Costitutività di regole», en *Digesto. IV Edizione*, cit., vol. IV, 1989, pp. 462-465, donde dichas reglas se diferencian en seis tipos según que sean o que pongan una condición necesaria, o una condición suficiente, o una condición necesaria y suficiente de aquello sobre lo que versan; pero véanse también, para una cumplida exposición de dicha tipología, T. Mazzarese, «Metaregole: Nuova civiltà delle macchine III/3-4 (1985), 65-73 y G. Azzoni, «Condizioni costitutive», cit. De «thético» y «theticidad», referidos a los actos, habla finalmente A. G. Conte, «Atto performativo...», cit., pp. 29-108. La expresión «reglas» o «normas hipotéticas» (*hypothetical norms*) es usada en cambio en contraposición a «normas categóricas» (*categorical norms*) por G. H. von Wright, *Norma y acción...*, cit., cap. V, § 6, p. 91 y cap. IX, pp. 177 ss., para designar las reglas cuya aplicación está sujeta a condiciones mencionadas por ellas mismas (por ejemplo, la «orden de cerrar una determinada ventana si empieza a llover»). Recuerda por otra parte a la expresión «reglas hipotético-constitutivas», usada por Giampaolo Azzoni para designar las reglas que (no son, sino que) ponen una condición, necesaria y/o suficiente, de aquello de lo que son reglas («Condizioni costitutive», cit., pp. 160-195; Íd., *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole*, cit., 2, p. 81). Hay que señalar por último el uso de la expresión «normas hipotéticas» por parte de Riccardo Guastini con un significado completamente distinto del aquí propuesto: según Guastini —que remite a Kelsen (*Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, México, ¹1958, 2.^a reimp. 1979, parte I, cap. I, C, c], p. 45: «Las normas generales tienen siempre la forma de proposiciones hipotéticas»; Íd., *Teoría pura del derecho*, cit., § 25, pp. 115-117)— todas las normas jurídicas serían «hipotéticas» en tanto que todas «están dirigidas en última instancia a los jueces» y por tanto son reformulables según «una estructura condicional del tipo ‘Si F, entonces G’»; con la extravagante consecuencia de que las «normas incondicionadas» del tipo (son los ejemplos propuestos por el propio Guastini) «la libertad personal es inviolable» o «está prohibido causar la muerte de seres humanos», que yo llamo «téticas», «no son normas jurídicas» sino «normas morales introducidas en un sistema jurídico, o normas morales positivizadas, o —incluso— no normas propiamente dichas, sino ‘principios’» (R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., §§ 25 y 26, pp. 36-40).

A diferencia de todos los usos que aquí se han recordado, mi distinción entre reglas téticas y reglas hipotéticas se basa por el contrario en el carácter «dispuesto» por las primeras y «pre-dispuesto» por las segundas de su contenido o signifi-

cado prescriptivo. Cruza por tanto toda la esfera de las reglas, así como la de las normas (como veremos en el capítulo VIII): por consiguiente, no sólo la de las reglas (y normas) constitutivas, sino también la de las reglas (y normas) deónticas o regulativas, diferenciables todas ellas en téticas e hipotéticas según que dispongan (téticamente) o predispongan (hipotéticamente, esto es, en la hipótesis de que se dé la condición prevista por ellas) modalidades, expectativas o estatus.

16. El carácter hipotético de las reglas hipotéticas se habría podido poner de manifiesto desde su definición misma sometiendo la variable 'y' al operador de posibilidad 'M'. Sin embargo, esa opción habría exigido la definición de 'regla hipotética' en el contexto monádico 'RIPr' en lugar de en el diádico 'RIPrx' (referido como es obvio sólo a los casos en los que efectivamente se da el tema 'x' objeto de hipótesis), que por el contrario es necesario para los muchísimos usos que se harán de él en el curso de la teoría: desde la definición de 'observancia' e 'inobservancia', hasta el complejo análisis de la vigencia y la validez de los actos preceptivos. Esta relativa imprecisión, que persistirá en la definición de 'norma' (D8.1) como predicado monádico (en el contexto 'NORr'), será superada no obstante, gracias también al uso del operador de posibilidad M y a la aplicación a los contextos diádicos del postulado PM, en el análisis de las reglas hipotéticas desarrollado por medio de las tesis T4.13-T4.14, T4.47-T4.50, T4.53-T4.54 y T4.64-T4.65 y, más aún, en el análisis de las normas hipotéticas que llevaré a cabo en el capítulo VIII por medio de las tesis T8.2-T8.4, T8.7, T8.23, T8.27-T8.28, T8.42 y T8.44.

17. Habría podido asociar a la distinción entre reglas téticas y reglas hipotéticas, por simetría, la de los preceptos en «téticos» e «hipotéticos», según que dicten prescripciones o reglas téticas o bien reglas hipotéticas. He omitido la distinción, dado que por el momento no tendría utilidad alguna.

18. Por el contrario, son constitutivas las reglas de la meta-ética, como las que definen las nociones de «bueno», «justo», etc., obviamente sobre la base de una concepción de la meta-ética como prescriptiva y no como cognoscitiva. Cf., en este sentido, U. Scarpelli, «La meta-etica analitica e la sua rilevanza etica» [1976], trad. cast. de A. Rentería Díaz, «La metaética analítica y su relevancia ética», en U. Scarpelli, *Ética jurídica sin verdad*, Fontamara, México, pp. 17-56. Sostiene en cambio el carácter teorético de la meta-ética, de acuerdo con el clásico planteamiento de la cuestión trazado en los *Principia Ethica* de George Edward Moore [1903], Eugenio Lecaldano: «una determinada concepción meta-ética o meta-moral se sitúa en el plano cognoscitivo y lógico» (*Ética*, Utet, Torino, 1995, § 2.1, p. 17).

19. N. Hoerster, «'Wirksamkeit', 'Geltung' und 'Gültigkeit' von Normen. Ein empiristischer Definitionsvorschlag», en D. Mayer-Maly y P. M. Simons (eds.), *Das Naturrechtsdenken heute und morgen. Gedächtnisschrift für René Marcic*, Duncker und Humblot, Berlin, 1983, pp. 585-596, citado por L. Gianformaggio, «Diritto e ragione tra essere e dover essere», en Íd. (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 41-43. Letizia Gianformaggio asimila esta noción (sobre la cual véase también, *infra*, la nota 43 del capítulo XII) a la por mí propuesta de «vigencia», es decir, de existencia de la norma (en *Derecho y razón*, cit., § 26.3, pp. 357 ss. y, de manera más rigurosa, en el § 9.9 de este libro): la existencia de una norma, en efecto, no es sino el significado o el valor normativo que le atribuyen los intérpretes. La noción sugerida por Hoerster resulta por otra parte particularmente fecunda, tanto para la sociología jurídica como para la teoría del derecho: en efecto, se puede afirmar que el grado de efectividad de una norma, y por otra parte de un ordenamiento, depende del valor (o del grado de valor) —es decir,

del «sentido cívico» o «del derecho»— que en una determinada sociedad asocian a la misma sus destinatarios.

20. «La finalidad del establecimiento [de una norma] que impone como debido un determinado comportamiento humano», escribe Kelsen, «es provocar un comportamiento correspondiente a la norma, haciendo que la imagen de la norma sea el motivo para lograr un comportamiento correspondiente a ella» (H. Kelsen, *Teoría general de las normas*, Trillas, México, 1994, cap. XVI, § 1, p. 71). Sobre las «razones jurídicas para la acción», de las que más adelante hablaré por extenso con referencia a las normas jurídicas, véase la literatura citada en la nota 33 del capítulo V.

21. Sobre la formalización de las relaciones temporales, cf. C. Pizzi (ed.), *La logica del tempo*, Boringhieri, Torino, 1974. La formalización de las mismas que adoptaré aquí en relación con las reglas es bastante elemental, al estar dirigida únicamente a definir la noción de «grado» o «tasa» (n) de efectividad (y, a la inversa, de ineffectividad) de las reglas en un momento dado t y en un espacio dado e : por ejemplo, el grado de efectividad del derecho de voto, constituido por el número de votantes en una determinada elección, y su grado de ineffectividad, constituido por el número de abstenciones; o el grado de ineffectividad de la norma penal sobre el hurto, constituido por el número de hurtos producidos en un cierto lugar en un periodo determinado.

22. *Compendio statistico italiano. Edizione 1988*, Istituto centrale di statistica, Roma, 1988, p. 194. Naturalmente, para obtener el «grado de ineffectividad» habría que añadir a esta cifra la cifra oscura de los hurtos no denunciados.

Parte II

EL DERECHO POSITIVO

V

LOS ACTOS

5.1. *Introducción*

La segunda parte de este libro está dedicada a los cinco temas de la teoría del derecho que se corresponden con los de la deontica que se han examinado en los cuatro capítulos de la primera parte: los actos jurídicos, las situaciones jurídicas, los sujetos jurídicos, los bienes jurídicos y las normas jurídicas. Al tratarse de temas que pertenecen todos ellos al universo del discurso relativo al derecho, que es un subuniverso respecto al universo más amplio de los discursos deónticos en general, omitiré en aras de la brevedad el uso del calificativo «jurídico» y hablaré simplemente de *actos*, *situaciones*, *personas*, *bienes* y *normas*: es decir, de figuras que habrá que identificar dentro de la esfera más amplia de los comportamientos, las modalidades y expectativas, los sujetos, las cosas y las reglas.

Mientras que en la literatura jurídica se han dedicado a las normas numerosas y complejas teorías generales, no puede decirse lo mismo de los actos, las situaciones, las personas y los bienes. Es verdad que existen teorías diversas acerca de tipos particulares de actos, de situaciones, o de figuras específicas de sujetos o de objetos. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con el concepto de ‘norma’, que nació como categoría teórica de carácter general, los otros cuatro conceptos han nacido fundamentalmente en el ámbito de la dogmática civilista y después se han transplantado a las demás disciplinas positivas, dando lugar a otras tantas teorías independientes unas de otras: como la teoría del negocio jurídico, la teoría del acto administrativo, la teoría del ilícito civil y la del delito; las distintas doctrinas de los derechos subjetivos, desde las civilistas de la propiedad o de los derechos de crédito a las constitucionalistas de los derechos fundamentales; las teorías de las obligaciones civiles y las de la responsabilidad civil y de la responsabilidad penal; y además las teorías de las personas jurídicas, de los entes públicos, de las sociedades mercantiles, así como de las diferentes figuras de capacidad y de imputabilidad

y, por otro lado, de los bienes muebles e inmuebles, materiales e inmateriales, fundamentales y patrimoniales, etc. Los conceptos de ‘acto’, ‘situación’, ‘persona’ y ‘bien’, en los que todas esas diversas figuras son comúnmente subsumidas, resultan por consiguiente insatisfactorios en dos aspectos. En el aspecto intensional, son casi siempre el resultado de la conmixtión de elementos teóricos propiamente dichos y de elementos dogmáticos ligados a su uso en las distintas disciplinas particulares. En el aspecto extensional, al haber sido elaborados a partir de criterios heterogéneos presentan campos de denotación de confines inciertos, aproximativos y superpuestos o yuxtapuestos de diversos modos. A pesar de ser utilizadas en todas las disciplinas jurídicas particulares, las categorías generales de ‘acto’, ‘situación’, ‘persona’ y ‘bien’ lo son en definitiva con significados ligados a sus distintos contextos disciplinares, que no siempre son utilizables para un análisis estructural capaz de identificar sus principios teóricos comunes y de generar tipologías excluyentes y exhaustivas de los mismos. La misma teoría general de la norma y más aún las teorías relativas a otras nociones igualmente generales —como ‘ilícito’, ‘sanción’, ‘imputabilidad’, ‘capacidad’, ‘responsabilidad’, ‘eficacia’, ‘validez’, etc.— quedan por ello, en razón de los nexos que ligán todos estos conceptos, parcialmente comprometidas.

En la segunda parte de esta teoría definiré nuestras cinco categorías sobre la base de características estructurales que pueden encontrarse de modo uniforme y constante en cualquier fenómeno jurídico. Al tratarse de conceptos que se encuentran en relación de especie a género con los correspondientes conceptos de la deóntica —*comportamiento, modalidad* (y/o *expectativa*), *sujeto, cosa y regla*—, en la mayor parte de los casos será posible introducirlos por medio de definiciones *per genus et differentiam*: en las que la *differentia* nos la proporcionan los términos primitivos de la teoría no genéricamente deónticos sino específicamente jurídicos, empezando por el término ‘*causa*’ y por el definido a partir de él de ‘*efecto*’. Estipularé además, en los cuatro capítulos de esta segunda parte, los cuatro postulados o principios del positivismo jurídico —relativos respectivamente a los actos, las situaciones, las personas y las normas— que rigen toda la producción del derecho positivo. A partir de estas definiciones y de estos postulados, será posible alcanzar luego un sistema coherente y orgánico de principios generales y de criterios racionales de clasificación de todos los *actos*, según las situaciones de las que son causas y, por otra parte, según aquellas de las que son actuaciones; de las *situaciones*, según los actos de los que son efectos y, por otra parte, según aquellos de los que son modalidades o expectativas; de las *personas*, según su carácter natural o artificial y, por otra parte, según las relaciones jurídicas que se dan entre ellas en tanto que titulares de situaciones; de los *bienes*, según la naturaleza de los objetos en los que consisten y, por otra parte, según las modalidades de sus actos de uso o de disposición; y finalmente de las *normas*, según las diferentes relaciones que tienen con todos los demás términos de la teoría.

5.2. Causas y efectos. La causalidad jurídica y el primer postulado del positivismo jurídico

El primer y más importante término primitivo de la teoría del derecho es ‘causa’, que emplearé como predicado de relación en contextos diádicos del tipo ‘x es causa de y’ (‘CAUxy’).

Llamaré ‘efecto (jurídico)’, o más sencillamente ‘efecto’, a la relación inversa y simétrica expresada en contextos del tipo ‘y es efecto de x’ (‘EFFyx’), equivalentes e intercambiables con los de causa:

D5.1 ‘Efecto’ es aquello de lo que algo es causa.

$(y)(x)(EFFyx \equiv CAUxy)$

Una primera y parcial clarificación del significado de ‘causa’ (y correlativamente de ‘efecto’) surge, al mismo tiempo que la de ‘constituyente’, del postulado P10:

P10 Toda causa es un comportamiento que, si no es constituyente, está previsto por una regla que a su vez tiene una causa y que dispone o predispone su modalidad y aquello de lo que es causa.

$(x2)(y2)(CAUx2y2 \rightarrow (COMx2 \cdot (\neg COSx2 \rightarrow (\exists r)(\exists x1)(REGrx2 \cdot CAUx1r \cdot (MODrx2 \vee (\exists y1)(REGry1 \cdot MODy1x2)) \cdot REGry2))))$

Este postulado, que en los Preliminares he llamado *primer postulado del positivismo jurídico*, nos introduce en el universo del derecho positivo. Se compone de tres tesis. Según la primera tesis, toda causa es un comportamiento (T5.1) que, como tal, es llevado a cabo por sujetos (T5.2) como actuación de modalidades (T5.3) y/o de expectativas (T5.4), esto es, de facultades, obligaciones o prohibiciones (T5.5) y de las correspondientes expectativas positivas o negativas (T5.6). En concreto, como mostraré en el § 5.4, el concepto de ‘causa’ se identifica con el de ‘acto’, es decir, de comportamiento jurídicamente relevante en tanto que causa de efectos. Eso quiere decir, con arreglo a la interpretación del término primitivo ‘comportamiento’ ofrecida en los Preliminares, que las causas no consisten nunca en condiciones personales de estatus, inclinaciones o actitudes internas, ni tampoco, como sugiere la noción común de «hecho jurídico» que más adelante será analizada y criticada, en eventos naturales o en cualquier caso no imputables a sujetos. Consisten siempre en acciones humanas empíricamente observables.

T5.1 $(x)((\exists y)CAUxy \rightarrow COMx)$	P10
T5.2 $(x)((\exists y)CAUxy \rightarrow (\exists z)(SOGzx \cdot AUTzx))$	T5.1, T3.12, D3.1
T5.3 $(x)((\exists y2)CAUxy2 \rightarrow (\exists y1)(ATZxy1 \cdot MODy1x))$	T5.1, T2.70
T5.4 $(x)((\exists y2)CAUxy2 \rightarrow (\exists y1)(ATZxy1 \cdot (MODy1x \vee ASPy1x \vee ASPy1x)))$	T5.1, T2.71

- T5.5 $(x)((\exists y_2)CAU_{xy_2} \rightarrow (\exists y_1)(ATZ_{xy_1} \cdot (FAC_{y_1x} \vee OBL_{y_1x} \vee DIV_{y_1x})))$ T5.3, T2.17
 T5.6 $(x)(y''(((\exists y)CAU_{xy} \cdot ATZ_{xy''} \cdot (OBL_{y''x} \vee DIV_{y''x})) \rightarrow (\exists y')(ATZ_{xy'} \cdot (ASP_{y'x} \vee ASP_{y'\neg x}))))$ T5.1, T2.60, T2.61, D2.7

La segunda tesis expresada por nuestro postulado es que toda causa, a excepción de la constituyente, está sometida a reglas (T5.7). Esta tesis enuncia, en una primera y elemental aproximación, un principio fundamental del estado de derecho de carácter a la vez teórico y axiológico: el *principio de legalidad*, que es un *principium iuris et in iure* en virtud del cual toda causa no constituyente está prevista por una regla que preestablece sus efectos (T5.8). Y expresa también una primera y mínima acepción del *principio de igualdad*, en virtud del cual las causas no constituyentes están configuradas por las reglas deónticas que disponen téticamente o predisponen hipotéticamente sus modalidades (T5.9, T5.10) como «tipos» subsumibles, al igual que sus efectos, en clases universales y abstractas. Y diremos, a la inversa, que una causa no regulada y por tanto atípica es una causa constituyente (T5.11, T5.12).

- T5.7 $(x)(y)((CAU_{xy} \cdot \neg COS_x) \rightarrow (\exists r)REG_{rx})$ P10
 T5.8 $(x)(y)((CAU_{xy} \cdot \neg COS_x) \rightarrow (\exists r)(REG_{rx} \cdot REG_{ry}))$ P10
 T5.9 $(x)(y_2)((CAU_{xy_2} \cdot \neg COS_x) \rightarrow (\exists r)(REG_{rx} \cdot (MOD_{rx} \vee (\exists y_1)(REG_{ry_1} \cdot MOD_{y_1x}))))$ P10
 T5.10 $(x)(y)((CAU_{xy} \cdot \neg COS_x) \rightarrow (\exists r)RDE_{rx})$ T5.9, D4.8
 T5.11 $(x)(y)((CAU_{xy} \cdot \neg (\exists r)REG_{rx}) \rightarrow COS_x)$ T5.7
 T5.12 $(x)(y)((CAU_{xy} \cdot \neg (\exists r)RDE_{rx}) \rightarrow COS_x)$ T5.10

Nuestro postulado expresa además una tercera tesis: aquella según la cual, dada una causa no constituyente, existe no sólo algo que es su regla y que predispone sus efectos, sino también otra causa (como veremos, de grado superior) de la que dicha regla es efecto (T5.13). Y dado que con arreglo al postulado P13 —al que llamaré en el capítulo VIII «cuarto postulado del positivismo jurídico»— lo que es efecto de una causa no es nunca constituyente (T5.14), tampoco dicha regla será a su vez constituyente (T5.15). Se trata del *principio de legitimidad de las normas*: en efecto, las reglas producidas por actos no son sino las que en su momento llamaré ‘normas’. Por lo demás, resulta evidente que el regreso al infinito queda excluido por el hecho de que (como mostraré en los §§ 6.6 y 6.10 a partir de los postulados P10 y P11) se detiene en la causa constituyente, cuya modalidad no es una regla, sino una situación singular y en concreto el poder constituyente.

- T5.13 $(x_2)(y)((CAU_{x_2y} \cdot \neg COS_{x_2}) \rightarrow (\exists r)(\exists x_1)(REG_{rx_2} \cdot REG_{ry} \cdot CAU_{x_1r} \cdot EFF_{rx_1}))$ P10, D5.1
 T5.14 $(r)(x_1)((EFF_{rx_1} \cdot CAU_{x_1r}) \rightarrow \neg COS_r)$ P13
 T5.15 $(r)(x_2)(x_1)((REG_{rx_2} \cdot CAU_{x_1r}) \rightarrow \neg COS_r)$ P13

En pocas palabras, a partir de estas tesis podemos entender por ‘causa’ cualquier comportamiento jurídicamente relevante por los ‘efectos’ conectados al mismo por alguna regla jurídica. Sólo hay una causa que no supone reglas: aquella que, precisamente, no está constituida sobre la base de reglas, sino que es ella misma constituyente.

‘Causa’, en este sentido, viene a configurarse como el término clave de toda la teoría del derecho. Al tratarse de un comportamiento y, como diremos mejor, de un acto, designa «el arte» —como escribió Thomas Hobbes¹— por el que cualquier efecto jurídico está producido y por consiguiente el carácter *artificial* —o *positivo*— de todo fenómeno relevante en el derecho moderno. E incluye todos los eventos previstos por reglas como productores de efectos jurídicos: en primer lugar, los preceptos deónticos que disponen efectos deónticos en el mundo del derecho, como las leyes, las sentencias, los negocios jurídicos y todos los demás actos preceptivos que imponen deberes, confieren poderes o de uno u otro modo constituyen o modifican situaciones jurídicas, ya sean modalidades o expectativas; en segundo lugar, los preceptos constitutivos de efectos ónticos, como por ejemplo los actos institutivos de personas jurídicas o los constitutivos de estatus jurídicos correspondientes a personas o a bienes; finalmente, los comportamientos jurídicamente prohibidos y los obligatorios, como los actos ilícitos y los de cumplimiento, productores los unos de la sujeción a sanciones y los otros de la extinción de las obligaciones y de la satisfacción de las expectativas correspondientes. Quedan en cambio excluidos del mismo, como se ha dicho, los llamados «hechos jurídicos», una noción de la que sostendré en el § 5.6 que es inconsistente.

‘Efecto’, a la inversa, designa cualquier tipo de evento, esto es, de «cambio jurídico» que esté predispuesto por una regla como consecuencia de una causa: desde la constitución o modificación de situaciones jurídicas, es decir, de poderes, deberes, derechos o responsabilidades, que son efectos de actos preceptivos o de actos ilícitos, hasta su extinción, que es el efecto de actos de derogación o de cumplimiento; desde la institución o modificación de estatus de sujetos u objetos por obra de preceptos constitutivos, hasta las normas mismas, que como veremos son efectos, además de significados, de esos específicos actos que son los preceptos normativos o ‘fuentes’. Por lo demás, resulta ocioso precisar que ‘efecto’ no quiere decir efecto «de hecho», sino efecto «de derecho» y que, en cuanto tal, se produce simultáneamente al acto con independencia de (la subsiguiente comisión u omisión de) otros actos que sean actuaciones de dichos efectos (cuando éstos consistan en figuras deónticas).

5.3. *La formalización del concepto de ‘causa’ como categoría general de la teoría del derecho*

Mientras que el concepto de ‘efecto’ corresponde a una noción poco estudiada por la dogmática jurídica y menos aún por la teoría del derecho², el concepto de ‘causa’ tiene una larga, compleja y elaborada tradición dogmática, que se remonta al derecho romano y pertenece casi por completo al derecho civil³. En lo que respecta al significado intensional del término, conviene permanecer tan fieles como sea posible a esta tradición y, en particular, a sus resultados más recientes. Me distanciaré en cambio de ella en lo que se refiere al significado extensional, que, al igual que el de ‘efecto’, será extendido bastante más allá del campo de los negocios jurídicos privados hasta llegar a incluir la relación biunívoca y generalísima en la que se encuentra cualquier tipo de acto con el tipo de efecto que, en virtud de una regla jurídica, es apto para producir: no sólo, por tanto, la relación entre los negocios jurídicos privados y sus efectos obligatorios, sino también, como ya he dicho, la que media entre las resoluciones administrativas o judiciales y las situaciones constituidas o modificadas por ellas, o entre los actos ilícitos y la sujeción a las sanciones preestablecidas para los mismos, o entre los actos de cumplimiento y la extinción de las obligaciones cumplidas.

A mi modo de ver, esta extensión del concepto de causa más allá del campo del derecho civil no sólo es consentida sino que resulta impuesta sin más por el significado intensional que ha venido asumiendo tras un largo itinerario teórico presidido por su progresiva depuración de connotaciones psicológicas y sociológicas. Este itinerario —lo recordaré brevemente— se ha desarrollado en el seno de la teoría del negocio jurídico, que en el último siglo pasó de una orientación de tipo «subjetivista» a otra de tipo «objetivista». El primer paso en esta dirección fue el abandono de la concepción originaria de la causa como «intención negocial», es decir, como un elemento íntimamente conectado y escasamente diferenciado del de la «voluntad»⁴, a favor de su caracterización como la «función económico-social» perseguida por el negocio, o como la «razón práctica típica inmanente» al mismo⁵. Con lo que se ponía el acento en un elemento teleológico: justamente el de la función social del negocio, que justifica su producción de efectos jurídicos confiada por el ordenamiento a la autonomía de los particulares para la consecución de los intereses que consideren merecedores de tutela. Pero en la definición de «causa» se mantenía a la vez una connotación que seguía siendo subjetivista y que derivaba de la identificación que en todo caso se llevaba a cabo entre la función económico-social y el «fin» o «propósito práctico típico»⁶ perseguidos por la voluntad negocial.

La doctrina civilista no tardó en poner de manifiesto la ambigüedad resultante para esta construcción de la mezcla de rasgos objetivistas (la producción de efectos) y rasgos subjetivistas (la intención negocial), así como el carácter «extrajurídico» de la noción de «función social del ne-

gocio»⁷ que mediaba entre ambos tipos de rasgos. De ahí que el primer paso hacia una concepción plenamente objetivista de la causa se diera identificando dicha función con la justificación o *razón jurídica* del negocio y llegando a definirla como «síntesis de los efectos jurídicos esenciales» que éste es apto para producir⁸. Y puesto que tales efectos están siempre abstracta y por tanto «típicamente» preestablecidos por normas, desde ahí había ya sólo un paso mínimo hasta llegar a la ulterior identificación entre tipicidad de los efectos, tipicidad de la causa y tipicidad del negocio, y por consiguiente entre «causa del negocio», «tipo negocial» y «negocio típico». De este modo quedaron superados cualquier residuo de subjetivismo y cualquier conexión con la voluntad: la tesis «todo negocio jurídico tiene una causa» resultó equivalente a la más simple y en apariencia más trivial de que «todos los negocios son típicos». También los llamados «contratos atípicos» previstos por el artículo 1322, 1.º, del Código Civil italiano, según el cual «las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley», si bien son atípicos como contratos, son en efecto típicos como negocios, al ser típica su causa negocial⁹, identificada por el efecto típicamente contractual perseguido por los contratantes de «constituir, regular o extinguir entre ellos una relación jurídica patrimonial» (art. 1321), así como por la función, a su vez típica de los contratos, de «realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico» (art. 1322)¹⁰. En definitiva, según el mismo código, pueden considerarse no «típicos» —por defecto o ilicitud de la causa típica (arts. 1325, 1343-1345)— sólo los negocios nulos (art. 1418): como por ejemplo los actos de disposición del propio cuerpo prohibidos por el artículo 5, como tales no productivos de efectos y por consiguiente, en rigor, «no-negocios», o en todo caso, cuando se haya de distinguir entre «nulidad» e «inexistencia», productivos de efectos destinados —como se verá en el § 9.14— a ser declarados nulos (D9.32, T9. 237)¹¹.

Ahora bien, si éste es el resultado del desarrollo del concepto de causa en los usos civilistas, no hay razón para no extender su empleo, en tanto que concepto formal y por ende formalizable, a todo el campo de la fenomenología del derecho. Dado que la intensión de un concepto determina su extensión¹², este ensanchamiento resulta incluso obligado. En el plano intensional, en efecto, la «causa» equivale al «tipo» (negocial) calificado por el «tipo» de efectos (o de conjunto de efectos) de los que es título; y a su vez la tipicidad, como se ha dicho con el postulado P10 y con los teoremas T5.7-T5.10, equivale a conformidad a reglas. De ello se sigue, puesto que todas las causas no constituyentes son típicas al estar todas previstas por reglas (T5.7) en relación con tipos normativos de efectos (T5.8, T5.9), que el concepto de causa se ha de identificar no simplemente con el de «tipo de negocio», sino de modo más general —como se dirá con la definición D5.2 y con la tesis T5.30— con el de «tipo de acto», o de «tipo normativo» o incluso, con una expresión del lenguaje jurídico usual, «supuesto de hecho».

No representa ningún impedimento para este paso ulterior el hecho de que sólo la causa de los negocios sea perseguida por la voluntad (negocial), mientras que las causas de otro tipo son independientes, cuando no directamente contrarias (piénsese en la sujeción a sanciones como efecto de actos ilícitos) a la voluntad de sus autores. Ésta es en efecto una circunstancia que no se refiere al concepto de «causa», sino justamente al de «voluntad», y que como tal puede interesar como rasgo específico de esos específicos actos que son los negocios jurídicos privados y de modo más general los preceptos jurídicos, pero no como rasgo del concepto de causa. Así pues, una vez aislada la producción de efectos como condición no sólo necesaria sino también suficiente para que se dé una causa (D5.1), es evidente que los distintos tipos de causa, según que los efectos sean queridos por el autor (como en los negocios y en los demás actos preceptivos) o no queridos (como en los actos ilícitos, a los que sigue la expectativa de una sanción, y en los actos inválidos, a los que sigue la expectativa de la anulación de los efectos típicos del acto válido), remiten a justificaciones o *razones jurídicas* diferentes o abiertamente opuestas: su tutela y habilitación en el caso de los efectos queridos; su disuasión o neutralización por parte del ordenamiento en el caso de los efectos no queridos¹³. Lo importante es que se mantenga firme el significado objetivo de ‘causa’ como presupuesto (o razón jurídica) de efectos, común a todos los actos jurídicos. En este sentido, el *principio de causalidad*, en la medida en que está conectado al de la predeterminación normativa de las causas y de sus efectos, se identifica en todo el derecho —tanto en el derecho privado como en el derecho público, en el derecho penal como en el procesal— con el *principio de legalidad*. Y en todos los casos cumple el papel, propio de dicho principio en el estado de derecho, de subordinar poderes y deberes a las reglas, predeterminando los tipos de actos que son su actuación y los tipos de efectos que producen.

Por otra parte, una vez disipados los equívocos ligados a sus caracterizaciones sustancialistas de tipo psicológico y sociológico, se comprenden las razones por las que el concepto de causa ha nacido en el campo del derecho civil y ha permanecido allí confinado hasta la actualidad. Este origen, a la vez que su mezcolanza con el concepto de «voluntad negocial», se explica por el hecho de que en este campo la causa presenta una específica importancia práctica: que es, como se ha observado, la de servir de «límite jurídico»¹⁴ a la autonomía de la voluntad de los particulares, la cual, sin la fijación normativa de los tipos de actos a través de los cuales puede manifestarse válidamente, sería virtualmente libre para configurar hipótesis preceptivas y para predisponer sus efectos en la esfera jurídica propia y ajena. En el derecho público este papel práctico es menos evidente sólo porque se da por sentado, al cumplirlo directamente la formulación explícita, a veces incluso en sede constitucional, del principio de tipicidad o legalidad de las resoluciones públicas y del de taxatividad o estricta legalidad de los delitos. Y de ahí que la doctrina publicista y la penalista no hayan sentido la necesidad de configurar el

concepto de causa junto a los de acto administrativo y de delito. Pero ello ha sido así, evidentemente, no tanto porque en estos casos dicho concepto no fuese apto para explicar la producción de efectos típicos, sino más bien porque, al coincidir de manera demasiado palmaria con el de «tipo de acto», ha parecido pleonástico. Dicho de otro modo, la función teórica cumplida por el concepto de causa en la teoría del negocio jurídico es la misma que ha desempeñado el principio, de origen publicista, de legalidad y taxatividad en la teoría de las resoluciones públicas y, por otra parte, en la de los delitos. Con la única y significativa diferencia de que tal función ha tenido en uno y otro caso un signo político opuesto: mientras que la causalidad o tipicidad de los negocios está establecida como límite al contenido preceptivo de la autonomía privada y para la tutela de intereses públicos¹⁵, la bastante más rígida legalidad o tipicidad de los actos administrativos y de los delitos está establecida —como se verá mejor en los §§ 14.15 y 15.15— como límite a la autoridad pública y para la tutela y como garantía de los ciudadanos.

Así pues, como se ha visto, incluso el concepto de «causa del negocio» se ha ido identificando, a resultas de su diferenciación del de «voluntad» y de su progresiva depuración de elementos extrajurídicos, con la noción misma de «tipo normativo» de conformidad con el principio de legalidad. Pero me parece que eso no quiere decir —como entiende en cambio una parte de la doctrina civilista reciente, dispuesta a decretar su archivo¹⁶— que deba ser considerado pleonástico y por tanto abandonado también en el campo del derecho civil, con el riesgo de ofrecer un aval suplementario a la ausencia de límites legales y de controles jurisdiccionales a la que aspiran por naturaleza los poderes privados propios del mercado¹⁷. Lo que quiere decir, simplemente, es que «la causa no es escindible del acto»¹⁸, como también se dirá aquí (D5.2, T5.30), al haber llegado a fundirse con su fundamento jurídico, a través de la tipicidad, en el principio de legalidad; y que por ello debe ser elevada a categoría general del derecho, aplicable a todos los actos jurídicos y no sólo a los negocios, y se la debe dotar en todos los casos de una función garantista esencial: la de *límite* al poder de otro modo ilimitado, ya sea privado, como el expresado por los negocios jurídicos, o ya sea público, como el expresado por las resoluciones administrativas, las sentencias judiciales y las leyes, empezando por las que establecen delitos como causas de penas.

De este modo la noción de causa, precisamente porque es identificable con la de «justificación» o «razón jurídica» de cualquier tipo de efecto jurídico, deja de ser un concepto de la dogmática civilista para convertirse en un concepto teórico puramente formal, independiente de los rasgos concretos de los distintos tipos de comportamiento a los que el derecho atribuye relevancia como presupuestos de efectos y apto para dar cuenta de toda la dinámica del derecho positivo. En efecto, si su tradicional limitación a la esfera civilista ha permitido tan sólo el desarrollo de la teoría del negocio privado, su nueva extensión hará que resulte

útil para definir el concepto de ‘acto’ en general. Basándonos en esta definición será posible trazar a continuación una tipología racional de todos los actos jurídicos tomando como criterio su causa, esto es, el tipo de efectos que disponen o que quedan predispuestos normativamente por ellos. Y será posible, sobre todo, analizar los vínculos de forma y de sustancia impuestos a todos los actos preceptivos, en tanto que causas válidas de efectos obligatorios, por las normas formales y sustanciales acerca de su producción.

5.4. *El acto jurídico como causa de efectos jurídicos*

En los usos consolidados la noción de ‘acto jurídico’ no corresponde a un concepto elaborado autónomamente, sino que es más bien una figura genérica resultante de la suma de varias construcciones doctrinales que se han desarrollado las unas con independencia de las otras: la teoría del negocio jurídico, la teoría del delito, las diferentes teorías de las resoluciones públicas. Un método bastante difundido de clasificación de los actos, sobre todo en los manuales de derecho positivo, ha sido el de agruparlos en torno a tres categorías principales: el negocio jurídico, la resolución administrativa y el acto ilícito. A estas tres figuras, construidas sobre la base de criterios sustancialistas heterogéneos entre sí, se han añadido otras tantas figuras residuales definidas mediante su negación: la categoría de los «meros actos» de derecho privado, que recoge de manera abigarrada todos los actos privados que no son negocios jurídicos, la de los «meros actos» de derecho público, que incluye todos los actos públicos que no son resoluciones, y la de los «actos lícitos», en la que quedan comprendidos todos los actos que no son ilícitos.

De todo ello ha resultado una construcción farragosa e incongruente que deriva de la reunión de tres pares de conceptos, determinados cada uno de ellos por la definición de un predicado (el negocio, la resolución y el ilícito) y por su negación (el mero acto privado o no-negocial, el mero acto público que no es resolución y el acto meramente lícito o no-ilícito), en cada caso lógicamente exhaustiva de todo el ámbito del concepto de acto y por consiguiente superpuesta a las otras dos. Esta tipología rudimentaria se complica además por el hecho de que la figura del acto no se asume como categoría general, sino que se asocia, en una ambigua mezcla de conceptos, a la figura del «hecho natural», también determinada a su vez residualmente como el conjunto de los eventos jurídicos que no son actos¹⁹.

La extensión del concepto de causa a toda la fenomenología del derecho y su caracterización como comportamiento permiten superar esta construcción, por medio de una definición del acto jurídico tan simple como fecunda. Defino ‘acto jurídico’, o más sencillamente ‘acto’, como cualquier comportamiento que sea causa de al menos un efecto²⁰.

D5.2 'Acto' es cualquier comportamiento que sea causa de algún efecto jurídico.

(x)(ATT_x \equiv (\exists y)(COM_x · CAU_{xy} · EFF_{yx}))

'Acto' es por tanto, antes que nada, un comportamiento (T5.16). Ésta es una tesis trivial, que no obstante, si se acepta la interpretación de 'comportamiento' como acción empíricamente observable propuesta en los Preliminares, expresa los principios liberales de la materialidad de los actos y de la certeza del derecho. Son comportamientos, en el sentido de que resultan relevantes para el derecho, únicamente los comportamientos externos: por tanto no los simples estados de ánimo, actitudes o actos internos, sino las acciones perceptibles en el mundo externo y que como tales pueden ser denotadas empíricamente por las reglas que los contemplan. Todas las tesis de la deóntica formuladas a propósito de los comportamientos resultan pues aplicables a los actos. Diremos por tanto que también los actos, como los comportamientos, son facultativos, están prohibidos o son obligatorios (T5.17); que también ellos son actuaciones de modalidades (T5.18, T5.19) —es decir, de facultades, obligaciones o prohibiciones (T5.20)— y/o de expectativas (T5.21, T5.22); que son inteligibles como actos dotados de sentido jurídico —esto es, como ejercicio de facultades, obediencia de obligaciones, desobediencia de prohibiciones o satisfacción o violación de las expectativas correspondientes— gracias al significado que les confieren las modalidades y expectativas de las que son actuación (T5.23, T5.24); que además suponen siempre sujetos que son sus autores (T5.25) y/o a los que son imputados (T5.26); finalmente, que determinan —según que se trate de ejercicios, obediencias o satisfacciones, o bien de desobediencias o violaciones— la efectividad o la ineffectividad de sus modalidades y de las expectativas correlativas (T5.27), así como, si éstas consisten en reglas, algún grado de efectividad de las mismas y un grado correlativo de ineffectividad (T5.28):

- | | |
|--|---------------------------------|
| T5.16 (x)(ATT _x \rightarrow COM _x) | D5.2 |
| T5.17 (x)(ATT _x \rightarrow (FCO _x v OBB _x v VIE _x)) | T1.47 |
| T5.18 (x)(ATT _x \rightarrow (\exists y)MOD _{yx}) | T5.16, P2 |
| T5.19 (x)(ATT _x \rightarrow (\exists y)(ATZ _{xy} · MOD _{yx})) | T5.16, T2.70 |
| T5.20 (x)(ATT _x \rightarrow (\exists y)(ATZ _{xy} · (FAC _{yx} v OBL _{yx} v DIV _{yx}))) | T5.19, T2.17 |
| T5.21 (x)(ATT _x \rightarrow (\exists y)(MOD _{yx} v MOD _y ⊥ _x v ASP _{yx} v ASP _y ⊥ _x)) | T5.16, T2.1 |
| T5.22 (x)(ATT _x \rightarrow (\exists y)(ATZ _{xy} · (MOD _{yx} v ASP _{yx} v ASP _y ⊥ _x))) | T5.16, T2.71 |
| T5.23 (x)(ATT _x \rightarrow (\exists y)(SIG _y · (MOD _{yx} v ASP _{yx} v ASP _y ⊥ _x) · ATZ _{xy})) | T5.16, T4.4 |
| T5.24 (x)(ATT _x \rightarrow (\exists y)((ESE _{xy} · FAC _{yx}) v (OTT _{xy} · OBL _{yx}) v (INO _{xy} · DIV _{yx}) v (SOD _{xy} · ASP _{yx}) v (VIO _{xy} · ASP _y ⊥ _x))) | T5.19, T2.17, D2.8, D2.9, D2.10 |
| T5.25 (x)(ATT _x \rightarrow (\exists z)(SOG _{zx} · AUT _{zx})) | D5.2, T5.2 |

T5.26	$(x)(ATTx \rightarrow (\exists z)(SOGzx \cdot IMPxz))$	T5.16, T5.25, T3.20
T5.27	$(x)(y)(ATTx \rightarrow (((ESExy \cdot FACyx) \vee (OTTxy \cdot OBLyx) \vee (SODxy \cdot ASPyx)) \rightarrow ETTy) \cdot (((INOxy \cdot DIVyx) \vee (VIOxy \cdot ASPy \neg x)) \rightarrow INEy)))$	T5.16, T2.121
T5.28	$(r)((RDEr \cdot (\exists^nx)(ATTx \cdot ATZxr)) \rightarrow ((ETT^nr \equiv (\exists^nx)(REGrx \cdot ((FACrx \vee OBLrx \vee ASPrx) \vee (\exists y)((FACyx \vee OBLyx \vee ASPyx) \cdot REGry)))) \cdot (INE^nr \equiv (\exists^nx)(REGrx \cdot ((DIVrx \vee ASPr \neg x) \vee (\exists y)((DIVyx \vee ASPy \neg x) \cdot REGry))))))$	T4.78

No obstante, la consecuencia más importante e innovadora de nuestra definición es otra: de ella se deriva que ‘acto’ es sinónimo de ‘causa’. En efecto, dado que todas las causas consisten en comportamientos (T5.1) y que, por otro lado, el contexto de ‘causa’ es equivalente al de ‘efecto’ (D5.1), nuestra definición puede simplificarse en la tesis, de importancia fundamental para el desarrollo de esta teoría, según la cual ‘acto’ es cualquier causa de efectos (T5. 29) o, dicho de manera aún más sencilla, es todo aquello que es una causa (T5.30), o todo aquello de lo que algo es un efecto (T5.31). Por tanto también los actos, como las causas, si no son constituyentes, se someten al principio de legalidad, es decir, son disciplinados por reglas (T5.32) y corresponden a los «tipos» que éstas predeterminan en abstracto (T5.33):

T5.29	$(x)(ATTx \equiv (\exists y)(CAUxy \cdot EFFyx))$	D5.2, T5.1
T5.30	$(x)(ATTx \equiv (\exists y)CAUxy)$	T5.29, D5.1
T5.31	$(x)(ATTx \equiv (\exists y)EFFyx)$	T5.30, D5.1
T5.32	$(x)((ATTx \cdot \neg COSx) \rightarrow (\exists r)REGrx)$	T5.7, T5.30
T5.33	$(x)((ATTx \cdot \neg COSx) \rightarrow (\exists r)RDErx)$	T5.10, T5.30

A mi modo de ver, que los contextos de ‘acto’, ‘causa’ y ‘efecto’ sean coextensos resulta esencial para comprender la naturaleza de la *causalidad jurídica*. Tómese como ejemplo el contrato: este acto es definido por el artículo 1321 del Código Civil italiano como el «acuerdo para constituir, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial». Al asumir la equivalencia en el plano extensional entre el acto contractual y el efecto de la constitución, regulación o extinción de una relación jurídica patrimonial, lo que se pretende afirmar es que entre el acto y el efecto no hay ninguna relación de prioridad lógica y menos aún cronológica, sino simplemente una relación veritativo-funcional de implicación recíproca en virtud de la cual uno y otro no pueden concebirse sino simultáneamente, al no poder darse el uno sin el otro. Así pues, se dirá no sólo que el acto produce o causa el efecto jurídico de la constitución, la regulación o la extinción, sino también que *es* (o *equivale a*) «la constitución, regulación o extinción de una relación jurídica patrimonial». Lo mismo cabe decir del delito, que igualmente equivale —como es obvio, en el plano extensional— al efecto de la responsabilidad penal que él mismo produce, o sea, de la sujeción del reo a una pena; o del cumplimiento, que equivale a su vez a la extinción de la obligación cumplida. En todos los casos la

existencia del efecto se produce a la vez que el acto, como su consecuencia no empírica sino jurídica, no de hecho sino de derecho, y sin embargo —es más, precisamente por esto, como se verá en el § 5.7— no de «deber ser» sino de «ser», con independencia de la circunstancia, que es cuestión no de derecho sino de hecho, de que tal efecto, cuando consista en modalidades o en expectativas de ulteriores actos (las que llamaré más adelante ‘situaciones jurídicas’), sea a su vez objeto de actuación o de no actuación, sea efectivo o inefectivo.

Por lo tanto, partiendo de esta coextensividad entre acto y producción de efectos, es posible someter a análisis crítico las genéricas y equívocas categorías residuales (los actos lícitos, los meros actos y los hechos naturales) elaboradas por la doctrina usual y reconstruir sobre bases nuevas una tipología más rigurosa de los actos jurídicos. Para tal fin, descompondré la definición de ‘acto’ en dos corolarios: la tesis de que *todo acto siempre es causa al menos de un efecto* (T5.34-T5.35) y aquella otra según la cual *todo efecto está siempre causado por un acto* (T5.36-T5.37):

T5.34 $(x)(ATTx \rightarrow (\exists y)CAUxy)$ T5.30

T5.35 $(x)(ATTx \rightarrow (\exists y)EFFyx)$ T5.31

T5.36 $(x)((\exists y)CAUxy \rightarrow ATTx)$ T5.30

T5.37 $(x)((\exists y)EFFyx \rightarrow ATTx)$ T5.31

Además, la noción de ‘acto’, al igual que la de ‘causa’, viene así a identificarse con la tradicional de «supuesto de hecho», es decir, de presupuesto formal de hecho al que el ordenamiento conecta la producción de efectos jurídicos. De ello resulta una doble delimitación extensional del significado de *supuesto de hecho* —o, si se quiere, de *supuesto de acto*— e, indirectamente, del universo empírico de la teoría del derecho y del derecho mismo. La primera delimitación, expresada por el primer corolario, se refiere al concepto de ‘acto’, que queda circunscrito únicamente a los comportamientos productivos de efectos con exclusión de los llamados «actos meramente lícitos» o «meros actos». La segunda delimitación, expresada por el segundo corolario, se refiere al concepto de ‘causa’, que a su vez queda circunscrito únicamente a los comportamientos consistentes en actos, con exclusión de los llamados «hechos naturales».

5.5. *La inconsistencia teórica de los conceptos de «acto jurídico lícito» y de «mero acto»*

Así pues, según nuestro primer par de corolarios, todo acto es causa de algún efecto. Un contrato, por ejemplo, tiene como efecto las obligaciones y derechos que establece; el pago de una deuda tiene como efecto la

extinción de una obligación y la satisfacción del correspondiente derecho de crédito; un delito tiene como efecto la responsabilidad penal de su autor, es decir, su sujeción a una pena; una resolución administrativa tiene como efecto la constitución o la modificación de una situación, como, por ejemplo, la concesión de una licencia de obras, o la expropiación de un bien inmueble por razones de utilidad pública; una sentencia tiene por efecto la determinación con eficacia de «cosa juzgada» de los actos sometidos a juicio, así como de los efectos preestablecidos normativamente para los mismos; hasta un acto inválido tiene como efecto la anulabilidad de los efectos típicos del acto válido. El acto, en este sentido, tiene siempre una fuerza o capacidad «constitutiva» en sentido lato, al ser siempre condición suficiente de algún efecto: lo que es tanto como decir que un comportamiento carente de efectos jurídicos es un acto jurídicamente irrelevante o, dicho de un modo más sencillo, no es un acto jurídico.

T5.38 $(x)((COMx \cdot \neg(\exists y)EFFyx) \rightarrow \neg ATTx)$

T5.35

Por tanto, no son jurídicos los actos no productores de efectos que la doctrina usual denomina «meramente lícitos», «meramente facultativos» o «meros actos»: como dar un paseo, una invitación a almorzar, una discusión, un apretón de manos o el mero uso o disfrute de los bienes que son objeto de derechos reales, actos de cuya realización no se sigue efecto jurídico alguno. Por la misma razón no son actos jurídicos los comportamientos «meramente debidos», incluidos por lo general en la categoría genérica de lo meramente lícito: como no causar daño, no cometer hurtos u homicidios y, en general, la observancia —por lo general omisiva— de las normas penales, desprovista igualmente de efectos jurídicos. De ello se sigue, en el plano teórico, la negación de la legitimidad conceptual de la noción de «acto jurídico lícito», figura que en el uso ordinario comprende, además de los actos facultativos y de los obligatorios productivos de efectos jurídicos, todos aquellos comportamientos que —aun no produciendo efecto alguno en tanto que «meramente lícitos» o «meramente debidos»— se consideran no obstante jurídicos meramente por su característica negativa de no ser «ilícitos», es decir, de no producir el efecto de la sujeción a sanción que es propio de los actos ilícitos.

El presupuesto de una noción semejante, construida en contraposición a la de «acto jurídico ilícito», es evidentemente el papel central y determinante que se asigna a las categorías de ilícito y sanción por parte de una concepción imperativista y simplificada del derecho como ordenamiento esencialmente coercitivo. Como es sabido, quien ha explicitado este presupuesto con mayor claridad ha sido Hans Kelsen, cuya teoría del acto jurídico es esencialmente una teoría del acto ilícito. De hecho, Kelsen asumió como concepto primitivo de su sistema no la noción general de «efecto» (o la coextensiva de «causa»), sino la más específica de «sanción», que designa —de manera elíptica, como se verá en

el § 10.15— sólo el efecto de los actos jurídicos ilícitos. De ese modo pudo identificar, en lugar del concepto general de «acto», el más específico de «acto ilícito», definido precisamente como «una condición de la sanción»²¹. Si se acepta este extraño planteamiento, se abren dos caminos posibles para definir en el plano teórico todos aquellos actos que no son ilícitos (como el negocio privado, la resolución pública, el cumplimiento de una deuda, etc.): extender desmesuradamente la noción de «presupuesto» de la sanción hasta comprender en ella globalmente dichos actos, caracterizables todos ellos como presupuestos más o menos indirectos de un posible ilícito y de la consiguiente sanción; o bien construir para ellos nuevas categorías definibles en términos de «ilícito» («ilícito que no», «no ilícito que» o «lícito», «no ilícito que no» o «lícito que no»).

El primer camino fue el que siguió el propio Kelsen, que por ejemplo define el contrato como una de las condiciones de la sanción²². Ésta es decididamente la solución más extravagante, dado que no suministra auténticos criterios tipológicos para los actos jurídicos no ilícitos. En la práctica, en lugar de proporcionar criterios de definición para los numerosísimos actos jurídicos no ilícitos, se limita a ofrecer una precisión ulterior del concepto de «ilícito», algunas de cuyas concretas precondiciones necesarias sirve para identificar caso por caso. Ésta es la base sobre la cual —como se verá en el § 12.14— incluso las situaciones jurídicas, como por ejemplo los derechos subjetivos, quedan configuradas por Kelsen como presupuestos de la aplicación de la sanción²³.

El segundo camino es el que podríamos llamar «deóntico». A partir de la noción de «ilícito» (o de «prohibido») como presupuesto de la sanción es evidente que se pueden elaborar clasificaciones alternativas de los actos jurídicos análogas a las de los modos deónticos mostradas aquí en los dos primeros capítulos. Norberto Bobbio, por ejemplo, ha distinguido cuatro categorías, que corresponden por lo demás a los cuatro términos del cuadrado deóntico: lo «prohibido», identificado con el acto ilícito que produce sanciones; lo «mandado», que es lo prohibido que no; el «permiso positivo», que es lo no prohibido; y el «permiso negativo», que es lo no prohibido que no²⁴. Aunque extremadamente simplificada, también la distinción que se usa en la dogmática más común entre «actos lícitos» y «actos ilícitos» es una clasificación según los modos deónticos: los actos «ilícitos» son los comportamientos prohibidos por el ordenamiento jurídico y a los que éste conecta una sanción; los «lícitos» son por el contrario los comportamientos no prohibidos o permitidos, o sea, definibles como «no ilícitos» y que por tanto no producen sanciones.

Esta clase de tipologías pueden valer sin duda como clasificaciones de los modos deónticos y como tales se han presentado en la primera parte de este libro. Pero no satisfacen en cambio las necesidades de una teoría del acto jurídico, en relación con la cual presentan el defecto opuesto al que encontrábamos en la construcción de Kelsen. En efecto, si

ésta, al basarse únicamente en la noción de ilícito, es demasiado estrecha para permitir un encuadramiento teórico satisfactorio de los actos jurídicos que no son ilícitos, aquellas tipologías nos proporcionan categorías —como lo «mandado», lo «permitido» o, de un modo aún más genérico, lo «lícito»— que sí son aptas para englobarlos, pero que comprenden igualmente, por su excesiva extensión, todos los comportamientos que no son actos jurídicos; de modo que, más que facilitada, la construcción tipológica de las diversas figuras de actos resulta confundida. Por ejemplo, en la clasificación de Bobbio la categoría de lo «mandado» comprende, junto a actos obligatorios como son los de cumplimiento, que tienen por efecto la extinción de obligaciones, también los comportamientos meramente debidos, como la observancia de las normas penales, que no producen efecto alguno; y la categoría del «permiso», ya sea positivo o negativo, engloba al mismo tiempo, junto a los negocios jurídicos privados y a las resoluciones públicas cuyo efecto es la constitución, modificación o extinción de una o más situaciones, también los comportamientos «meramente lícitos» o facultativos, como caminar por la calle o el uso de un bien de nuestra propiedad, desprovistos en cambio de efectos jurídicos. Lo mismo puede decirse, con mayor razón aún, de la distinción de los actos en «lícitos» e «ilícitos», en la que todos los comportamientos no calificables como «ilícitos» —aunque tengan efectos heterogéneos, aunque no tengan efecto jurídico alguno— se recogen indistintamente en la categoría genérica del «acto lícito».

El resultado de este planteamiento es que, salvo lo «ilícito» (o «prohibido»), ninguna de las figuras de actos jurídicamente más relevantes —ni el negocio privado, ni la resolución administrativa, ni el cumplimiento de una obligación— resulta identificable seriamente como «tipo» a partir de características específicas. Además, de ello se sigue una suerte de panjuridicismo en el que, con resultados paradójicos, corre el riesgo de extraviarse el concepto mismo de «acto jurídico». En efecto, si asumimos los modos de lo «mandado», lo «permitido» o lo «lícito» como tipos de (meros) actos jurídicos, de ello se deriva que cualquiera ejecutaría en cualquier momento, con cualquier acción suya, un acto jurídico «meramente lícito» o «permitido». Es más: al respetar el código penal, cualquiera realizaría en todo momento, con cada una de sus omisiones, una cantidad innumerable de actos «meramente debidos», «lícitos» o «mandados».

Si se quieren evitar estas implicaciones absurdas, hay que reconocer la insuficiencia del criterio de las calificaciones deónticas para generar por sí solo una tipología exhaustiva y excluyente de los actos e integrarlo con otro criterio no menos importante. Este criterio es el que aquí se ha identificado —mediante la definición D5.2— con el concepto de ‘causa’ (o de ‘efecto’), que designa el rasgo típico y definitorio de todo acto jurídico. Sobre esa base ya no tiene sentido hablar del «acto jurídico lícito» como de una categoría tipológica. Y decae también esa centralidad de las figuras del ilícito y la sanción que siempre ha condicionado negati-

vamente la construcción de una teoría del acto jurídico. Ciertamente la figura deóntica de lo «no lícito» (o de lo «prohibido»), junto a su carácter informal y tal vez al efecto de la sanción (o mejor, de la sujeción a la sanción, o responsabilidad), resultará idónea para caracterizar esos específicos actos que son los ilícitos. Sin embargo, si queremos definir los demás actos jurídicos, no basta con caracterizarlos como no ilícitos, sino que hace falta individualizar, para cada uno de ellos, el efecto específico que causa. Para tal fin serán necesarios, junto a una teoría de la causa, un inventario de los distintos efectos jurídicos y una sistematización ordenada de los mismos correlativa a la de los actos. Es lo que intentaré hacer en los próximos capítulos.

5.6. *La inconsistencia teórica del concepto de «hecho jurídico»*

No es menos importante la tesis expresada por el segundo corolario de nuestra definición de ‘acto’. Con arreglo a esta tesis, inversa a la anterior, la existencia de un efecto es condición no sólo necesaria —como dice la tesis T5.35— sino también suficiente de la existencia de un acto: cualquiera que sea el efecto jurídico producido —desde la constitución, modificación o extinción de derechos u obligaciones hasta la producción de normas o la sujeción a sanciones—, dicho efecto supone en cualquier caso un acto que es su causa, ya sea un negocio privado, una resolución pública, un acto ilícito o un acto de cumplimiento. Por consiguiente no existen efectos jurídicos no producidos por actos:

T5.39 $(x)(\neg ATTx \rightarrow \neg(\exists y)EFFyx)$

T5.37

La principal consecuencia de esta tesis es la negación de la relevancia como causas de los llamados «hechos jurídicos naturales», clasificados tradicionalmente entre los eventos productores de efectos jurídicos y puestos junto a los actos dentro de la categoría más amplia de los «hechos jurídicos».

En la doctrina más común el concepto de «hecho jurídico» constituye una categoría general en la que se incluyen por un lado todos los actos jurídicos, denominados también «hechos subjetivos» o «humanos», y por otro un conjunto residual de figuras heterogéneas, denominadas «hechos objetivos» o «naturales» (o «hechos en sentido estricto»). Este segundo conjunto recoge, por exclusión, todos aquellos supuestos de hecho que tan sólo tienen en común la propiedad negativa de quedar fuera del esquema conceptual del acto jurídico, construido a su vez por la dogmática civilista a partir de la noción de «(manifestación de) voluntad»²⁵: como, por ejemplo, el nacimiento y la muerte, algunos modos de adquirir la propiedad (como la accesión, la producción de frutos, la unión, la especificación, etc.) e incluso el espacio y el tiempo, el sexo, la edad, la enfermedad mental, además de toda una serie heterogénea

de circunstancias previstas normativamente como condiciones —legales o voluntarias, suspensivas o resolutorias, positivas o negativas— de los efectos de los actos, o de eventos accidentales que la doctrina agrupa en tanto en cuanto inciden de diversos modos en la realidad jurídica, desde el pedrisco que destruye la cosecha hasta el terremoto, la avalancha, el incendio, el naufragio, la plantación de un fundo, etcétera²⁶.

Me parece que esta tipología es el resultado de un equívoco: la confusión entre el efecto y la causalidad de tipo «jurídico» y el efecto y la causalidad de tipo «físico» o «natural». «Hecho» y «acto jurídico» no pertenecen al mismo orden de conceptos. El elemento que parecería que los agrupa dentro de un único género, representado por el efecto que ambos producirían, es en realidad de naturaleza profundamente distinta en uno y otro caso. El efecto jurídico está producido por el acto jurídico en forma de un nexo «causal» de tipo «normativo» que en el próximo párrafo llamaré 'eficacia' (D5.3), dispuesto o predispuesto por una regla jurídica. El efecto del hecho natural, por el contrario, es él mismo «natural», en el sentido de que se produce no en virtud de una regla que lo preestablece, sino únicamente en virtud de una relación de causalidad natural. El nacimiento, por ejemplo, no produce, como se suele decir, la adquisición de la personalidad jurídica por parte del sujeto humano que comienza a existir, sino sólo la existencia o puesta en el mundo de un ser humano, que es un efecto natural para cuya producción no es necesaria regla jurídica alguna. Es una norma jurídica —y concretamente una norma tético-constitutiva— la que, como se verá en los capítulos VII y VIII, atribuye luego a los sujetos humanos existentes, es decir, nacidos vivos y aún no fallecidos, el estatus de 'persona' o personalidad jurídica. Del mismo modo, alcanzar la mayoría de edad no es un hecho que produce la adquisición de la capacidad de obrar, sino la condición prevista por la norma —también en este caso tético-constitutiva— que atribuye la capacidad de obrar a todas las personas mayores de edad.

En suma, mientras que el efecto del acto jurídico pertenece enteramente al mundo del derecho, en el sentido de que resulta del acto en virtud de una predisposición normativa, el efecto del hecho natural pertenece en primer lugar al mundo de la naturaleza y sólo secundaria e indirectamente se pone de manifiesto en el mundo de los fenómenos jurídicos. Esto equivale a decir, trivialmente, que sólo son regulables —o sea, influenciables a través de los efectos predispuestos para los mismos— los comportamientos, esto es, los actos, y nunca los meros hechos. Por lo demás, lo que hace de un comportamiento humano un acto jurídico no es su efecto natural, sino su efecto jurídico: por ejemplo, el homicidio, es decir, el comportamiento de quien, como dice el artículo 575 del Código Penal italiano, «causa la muerte de un hombre» (efecto natural), es un acto jurídico porque produce la responsabilidad de su autor, esto es, su sujeción a la pena de «reclusión por tiempo no inferior a veintiún años» (efecto jurídico). Es sólo por una confusión entre fenómenos que pertenecen a esferas distintas de la realidad por lo que la

doctrina jurídica ha llegado a afirmar que cualquier evento, por el mero hecho de producir «una modificación de la realidad jurídica» y de ser por consiguiente «jurídicamente relevante», es calificable como «jurídico»²⁷. De ese modo cualquier evento del mundo es jurídico: no sólo el pedrisco que destruye la cosecha, sino también la lluvia y los procesos químicos de la tierra que la hacen crecer; no sólo el nacimiento, sino también la concepción e incluso las distintas fases (o «hechos») de la gestación; no sólo la producción de frutos, la unión, la conmixtión o la avulsión, sino también todos los actos y operaciones que llevo a cabo sobre los objetos de mi propiedad o de propiedad ajena: si lavo mi ropa, seré propietario no de ropa sucia sino de ropa limpia.

Evidentemente todo esto es absurdo. Y nos muestra otra variante de aquel panjuridicismo que ya se puso de manifiesto a propósito de la tesis según la cual todos los actos, sean lícitos o ilícitos, son por igual jurídicos porque todos son calificables deónticamente, siquiera sea como meramente permitidos, con arreglo al derecho. Está claro que un planteamiento semejante impide, con su generalidad, cualquier posible sistematización racional de los fenómenos jurídicos. Por el contrario, el abandono de la figura general del «hecho» y la asunción en su lugar de la del «acto» permitirán no sólo el desarrollo de una teoría sistemática y de una clasificación racional de todos los actos y de todas las situaciones jurídicas de las que los actos son actuaciones o causas, sino también explicaciones más simples y razonables de las diversas figuras agrupadas bajo la etiqueta del «hecho jurídico natural». Estas explicaciones son de dos tipos.

En la mayor parte de los casos estas figuras no son sino el indispensable sustrato material (o natural) de un acto, una situación, una persona o un bien jurídico. Son tales el nacimiento y la muerte de las personas físicas, que delimitan en el tiempo su existencia empírica; la accesión, el aluvión, la unión, la *insula in flumine nata*, la producción de frutos, etc., que constituyen los presupuestos materiales de algunos actos informales reconocidos, al igual que la ocupación, como modos de adquisición originaria de la propiedad; el espacio y el tiempo, que son circunstancias relevantes como criterios de localización de los actos y de su esfera de eficacia, así como de los bienes y de las personas; la edad y la enfermedad mental, que son cualidades naturales de los sujetos relevantes en cuanto a su capacidad de obrar; el pedrisco, el naufragio o el incendio, que son eventos que inciden materialmente en los bienes jurídicos. En estos casos la figura del «hecho jurídico» es del todo inútil y puede ser provechosamente abandonada sobre la base de una reconstrucción analítica de la fenomenología de los actos, las situaciones, las personas y los bienes de los que los hechos son condiciones o circunstancias.

En otros casos se trata de hechos relevantes no por sus directas consecuencias naturales, sino porque de su acaecimiento depende el que se produzca el efecto jurídico de un acto. Es el caso de todos aquellos eventos que inciden, como «condiciones», en la causalidad jurídica de

un acto: como el desastre natural en presencia del cual una ley prevé la atribución a determinados órganos de determinadas funciones, o el evento dañoso a resultas del cual nace el derecho al resarcimiento asegurado en virtud de la estipulación de un contrato, o, en general, las condiciones suspensivas o las resolutivas de la eficacia de un negocio. También en estos casos es superflua la figura del «hecho» como supuesto productor de efectos. El efecto, a decir verdad, tiene su causa no en el hecho condicionante, sino en el acto preceptivo (legislativo, contractual o negocial) condicionado; y el hecho es sólo un requisito normativo de la que llamaré ‘eficacia’ del acto, ya esté previsto directamente por una regla jurídica (como en el caso de las llamadas «condiciones legales») o, por el contrario, por el mismo acto jurídico (como en el caso de las llamadas «condiciones voluntarias»).

En todos los casos la noción de «hecho jurídico natural» es una categoría espuria, basada en una transfiguración naturalista y por así decir ontológica de la causalidad jurídica. Los fenómenos a los que alude tienen siempre en su centro, como eventos causales jurídicamente, actos jurídicos consistentes en comportamientos humanos, respecto a los cuales los llamados «hechos» pueden representar nada más que presupuestos o circunstancias materiales de tipo extrajurídico²⁸. Su abandono, por otra parte, además de permitirnos el desarrollo de una teoría unitaria de los actos y las situaciones, servirá también para simplificar notablemente la teoría de los sujetos y de las normas. Sólo los actos, y no los hechos, son en efecto imputables a sujetos y son regulables jurídicamente. Su configuración como los únicos supuestos productores de efectos permitirá por tanto construir una teoría de la imputación, de las relaciones jurídicas intersubjetivas y de las relaciones entre fuentes y normas, en el marco general de la teoría de la eficacia de los actos y de la actuación de las situaciones.

5.7. La eficacia de los actos

Llamo ahora ‘*eficacia*’ a la causalidad jurídica, esto es, a la capacidad de un acto para producir en virtud de una regla que lo prevé:

D5.3 ‘*Eficaz*’ es el acto al que conecte un efecto la regla que lo prevé.

$(x)(\text{EFCx} \equiv ((\exists r)\text{REGrx} \rightarrow (\exists r)(\exists y)(\text{REGry} \cdot \text{EFFyx} \cdot \text{ATTx})))$

Pero todos los actos no constituyentes y todos sus efectos están previstos por reglas (T5.32). De ello se sigue que la eficacia equivale a la implicación, dispuesta por reglas, de los efectos de un acto no constituyente (T5.40). Y puesto que todos los actos, ya sean constituyentes o no constituyentes, son por definición productores de efectos (D5.2, T5.31), de ello se deriva que la eficacia es una dimensión necesaria de cualquier

acto jurídico (T5.41), en ausencia de la cual no puede hablarse de actos (T5.42). Decir que un acto es eficaz equivale a decir que es productor de efectos y viceversa (T5.43).

T5.40	$(x)(\text{EFCx} \equiv (r)(\text{REGrx} \rightarrow (\exists y)(\text{EFFyx} \cdot \text{ATTx} \cdot \neg \text{COSx})))$	
		D5.3, P13, T5.8, D5.1
T5.41	$(x)(\text{ATTx} \rightarrow \text{EFCx})$	D5.3, P13, T5.8, T5.31
T5.42	$(x)(\neg \text{EFCx} \rightarrow \neg \text{ATTx})$	T5.41
T5.43	$(x)(\text{ATTx} \rightarrow (\text{EFCx} \equiv (\exists y)\text{EFFyx}))$	T5.35, T5.41

Por tanto, la eficacia de los actos —al igual, como veremos, que la posibilidad de actuación de las situaciones, la capacidad de las personas y la disponibilidad de los derechos y de los bienes patrimoniales— constituye una *conexión normativa*, es decir, una relación instituida por una regla jurídica que se identifica con su contenido prescriptivo mismo. Expresa la *causalidad jurídica* y a la vez la *relevancia jurídica* del acto, así como la estructura fenomenológica de todo cambio jurídico²⁹.

Se trata de una noción más compleja de lo que haría suponer su aparente simplicidad. En primer lugar, los actos, al identificarse con las causas de efectos, son con bastante frecuencia figuras moleculares, que consisten no en comportamientos singulares sino en conjuntos de comportamientos: piénsese en las resoluciones públicas, que por lo general se perfeccionan a través de procedimientos largos y complejos formados por una pluralidad de actos que en su momento llamaré ‘instrumentales’ (D9.8), cada uno de los cuales tiene su efecto específico. Además, la mayor parte de los actos produce más de un efecto: un contrato, por ejemplo, produce derechos y obligaciones para ambas partes contratantes; una resolución administrativa puede imponer varias obligaciones o prohibiciones, o atribuir varias facultades; un ilícito puede producir la sujeción a varios tipos de sanciones (penales, civiles, administrativas). Este segundo aspecto cuantitativo puede ser representado simbólicamente mediante el uso de cuantificadores numerados, es decir, numerando el cuantificador existencial que en la definición de eficacia se antepone a ‘efecto’ y explicitando de ese modo no la producción genérica de «al menos uno» (uno o algunos), sino de «un determinado número» de efectos. La definición de eficacia resultará precisada de esta manera³⁰:

	y1
	y2
	y3
T5.43'	$(x)(\text{COMx} \rightarrow (\text{EFCx} \equiv (\exists y^n)\text{EFFy4x}))$
	.
	.
	y ⁿ

Se comprenderá por otra parte que la eficacia, al ser una dimensión estructural e invariable de cualquier tipo de acto, es completamente independiente de la circunstancia de hecho, aquí llamada *efectividad*

(D2.13-D2.14), de que tenga lugar la concreta actuación de los efectos consistentes en las modalidades o expectativas jurídicas que en el próximo capítulo llamaré ‘situaciones’. En efecto, ‘eficacia’ se ha definido aquí —como se ha dicho desde el § 2.6— no en el sentido de «efectividad» que le atribuyó Hans Kelsen³¹, sino de un modo que designa la capacidad de todo acto de producir un efecto, esto es, en el sentido propio de sus usos civilistas ejemplificados, en lo que concierne al derecho italiano, por los artículos 11 y 28 (título preliminar) y 1372, 1376, 2069, 2074, 2075 y 2077 del Código Civil y por el título VII del Código de Procedimiento Civil, dedicados a la «eficacia de las leyes», la «eficacia del contrato» y la «eficacia de las sentencias». En este sentido, evidentemente, la eficacia es totalmente independiente de la efectividad (de los efectos), de los que representa sin embargo el presupuesto. La eficacia se refiere no a los *efectos jurídicos de hecho*, como podremos llamar con una fórmula elíptica a las actuaciones de los efectos consistentes en figuras deónticas, sino a los *efectos jurídicos de derecho*, que se producen con el acto que es su causa, independientemente de la comisión u omisión de otros actos. En otras palabras, se refiere a los efectos que —ya se trate de obligaciones, derechos, estatus o expectativas de sanciones— se producen siempre, no por una relación de «deber ser» (o de «poder ser») como en el célebre nexo de la normatividad kelseniana³², sino por una relación de «ser», prescindiendo, cuando se trate de modalidades o expectativas, de la (posible) realización en concreto de los actos que a su vez son sus actuaciones (como el cumplimiento de la obligación, el ejercicio del derecho o la aplicación de la sanción). Un contrato de compraventa, por ejemplo, produce en todo caso una transmisión de la propiedad —es más, como ya he dicho equivale a la transmisión de la propiedad (T5.31)— ocurra lo que ocurra después y, por tanto, aunque el vendedor no cumpla la obligación de entregar la cosa al comprador. Bajo este aspecto la eficacia se inscribe en el mismo orden de fenómenos al que pertenece la que he llamado —en el § 4.3— *constitutividad en sentido lato* y de la que únicamente se diferencia por el significado extensional: que por un lado es más extenso, ya que se refiere no sólo a los actos preceptivos sino a todos los actos; y que por otro es más restringido, dado que se refiere sólo a los actos jurídicos y desde luego no a los preceptos no jurídicos.

Con respecto a los usos de los civilistas, el significado de ‘eficacia’ resulta por tanto extendido en dos direcciones. En primer lugar, mientras que en la dogmática más común se habla sólo de eficacia del negocio jurídico, de la ley, de la sentencia y de la resolución administrativa, aquí se hablará de ella también en relación con el acto ilícito y con el cumplimiento. La extensión del término a todos los actos (T5.41) se justifica con las mismas razones que están en la base de la generalización del concepto de ‘causa’, que en los usos predominantes está igualmente restringido a los actos negociales. En segundo lugar, al estar excluida la existencia de actos ineficaces, el concepto deberá extenderse de manera correlativa a la restricción —o mejor, a la supresión que su definición implica— de

la figura opuesta de la *ineficacia*. Si es verdad que todos los actos son eficaces (T5.41), sólo podrá hablarse de «ineficacia» en relación con los llamados actos radicalmente «nulos» (o «inexistentes», o «no vigentes») y, por tanto, como se ha dicho con la tesis T5.42, con los «no-actos», y no, como sucede en la doctrina civilista, con los actos inválidos. En efecto, también los actos inválidos están dotados de una particular eficacia, que se caracteriza —como veremos en el § 9.13— por la falta de algunos de los efectos típicos de los actos válidos (como la ejecutoriedad y la no impugnabilidad), pero asimismo por la presencia de sus demás efectos hasta que se produzca su anulación, así como de ese específico efecto que es precisamente su anulabilidad (D9.32, T9.225), esto es, la expectativa de su anulación (D9.33); de manera que se deberá hablar, con mayor propiedad, de «eficacia relativa», «interina», «anulable», etcétera.

La categoría de la eficacia, en el significado intensional y extensional aquí redefinido, permite por otra parte un ulterior esclarecimiento de la ya recordada noción de «razones para la acción», que se ha propuesto en la literatura ius-analítica reciente como categoría explicativa de la normatividad del derecho, o de su capacidad de condicionar los comportamientos humanos³³. Sirve en efecto para identificar un segundo rasgo de los conceptos de «prescriptividad» o «normatividad» jurídica, junto al más genérico, en tanto que relativo a cualquier sistema deóntico, mostrado ya en el § 4.7. Si aquel primer rasgo corresponde a las que en el § 10.22 llamaré *razones jurídicas primarias*, que consisten en la adhesión espontánea a las que denominaré normas y garantías ‘primarias’, este segundo rasgo corresponde a las que llamaré ahora *razones jurídicas secundarias*, consistentes a su vez en el condicionamiento de la acción por obra de las que denominaré normas y garantías ‘secundarias’. En este segundo significado, de mera utilidad, las razones jurídicas para actuar (o para no actuar), esto es, para realizar u omitir actos jurídicos, se identifican con su *eficacia*, es decir, con los efectos jurídicos predispuestos normativamente que se pretenden conseguir con su realización y se pretenden evitar con su omisión.

En concreto, si la ‘causa’ representa siempre —como se ha visto en el § 5.3— la «razón jurídica» de carácter *objetivo* o *social* de la tipificación de una acción como ‘acto’, el ‘efecto’ representa siempre, en cada caso, su razón *subjetiva* o *individual*: una razón para actuar cuando se trate de un efecto querido; una razón para no actuar cuando se trate de un efecto no querido. Son *razones jurídicas para actuar* todos los efectos predispuestos como consecuencias de actos válidos: si pretendo arrendar un inmueble, o ser admitido a un concurso público u obtener una licencia de obras, puedo alcanzar dichos efectos, cuya realización equivale al fin o razón de mi actuar, sólo actuando en las formas preestablecidas por el ordenamiento como condiciones de la validez y por tanto de la eficacia de los actos realizados por mí. Son por el contrario *razones jurídicas para no actuar* todos los efectos predispuestos como consecuencias de actos ilícitos: si pretendo no incurrir en una sanción, puedo evitar dicho

efecto, cuya no realización equivale a su vez al fin o razón de mi actuar, sólo omitiendo llevar a cabo aquellos actos cuya eficacia consiste precisamente en su sancionabilidad³⁴.

5.8. *Las relaciones de grado. La dinámica del derecho*

La distinción llevada a cabo en el párrafo precedente entre la eficacia, que se refiere a los efectos de derecho, y la efectividad, que se refiere a sus actuaciones (o no actuaciones) de hecho, sugiere la introducción de un nuevo e importante instrumento de análisis, decisivo para la explicación de la dinámica de los actos y de sus efectos y a la vez de la unidad interna de los ordenamientos jurídicos: la *relación de grado* que cabe establecer en la cadena de efectos-modalidades (o –expectativas) y de actuaciones-causas, con la que puede ser descrita toda la fenomenología del derecho positivo.

Se ha dicho con el postulado P10 que las causas son siempre comportamientos y con el postulado P2 que todo comportamiento supone una modalidad deóntica y/o una expectativa correspondiente. También las causas, se ha podido afirmar por consiguiente, suponen la existencia de modalidades y/o expectativas de las que son actuaciones (T5.4):

$$T5.4 \ (x)((\exists y2)CAUxy2 \rightarrow (\exists y1)(ATZxy1 \cdot (MODy1x \vee ASPy1x \vee ASPy1\perp x2)))$$

¿Pero cómo se producen las modalidades y expectativas cuya actuación es una causa, esto es, un acto productor de efectos? La respuesta a esta pregunta nos la da el postulado P11, cuyo complejo alcance se analizará mejor en los próximos capítulos, pero del que interesa ahora su primera parte: esas modalidades y esas expectativas, a excepción de la situación constituyente, se producen a su vez como efectos de una causa.

P11 *Las modalidades y expectativas de una causa, cuando no sean constituyentes, suponen a su vez una causa y, cuando no sean ellas mismas reglas, están previstas por reglas que suponen a su vez una causa.*

$$(y1)(M(\exists x2)((MODy1x2 \vee ASPy1x2 \vee ASPy1\perp x2) \cdot (\exists y2)CAUx2y2) \rightarrow (\neg COSy1 \rightarrow ((\exists x1)CAUx1y1 \cdot (\neg REGy1 \rightarrow (\exists r)(\exists x0)(REGry1 \cdot CAUx0r))))))$$

De ello se deriva, dada la equivalencia entre causa y acto (T5.30), que todas las modalidades y expectativas positivas o negativas de actos, a excepción de la constituyente, tienen a su vez causa en un acto (T5.44, T5.45):

$$T5.44 \ (y)(M(\exists x2)((MODyx2 \vee ASPyx2 \vee ASPy\perp x2) \cdot ATTx2) \rightarrow ((\exists x1)CAUx1y \equiv \neg COSy)) \quad P11, T5.30, P13$$

$$\begin{array}{l} \text{T5.45 } (y)(M(\exists x2)((\text{MOD}y x2 \vee \text{ASP}y x2 \vee \text{ASP}y \perp x2) \cdot \text{ATT}x2 \cdot \neg \text{COS}y) \rightarrow \\ (\exists x1)(\text{CAU}x1y \cdot \text{ATT}x1)) \end{array} \quad \text{T5.44, T5.30}$$

Pero las causas, como sabemos, son a su vez actuaciones de modalidades y/o de expectativas (T5.3-T5.4). Tenemos por tanto dos progresiones —de las causas a sus modalidades o expectativas (T5.4) y de éstas a sus causas (T5.45)— que pueden estar reiteradamente concatenadas entre sí.

Ahora bien, estas progresiones tienen sentido en la medida en que las variables individuales que aparecen en ellas no puedan ser confundidas entre sí y, para evitarlo, queden identificadas por índices numéricos de grado ($x1, x2, \dots, y1, y2, \dots$). En efecto, supongamos que en la formulación de las tesis T5.3-T5.5 y T5.44-T5.45 hubiéramos omitido la indicación de dichos índices. Con ello habríamos afirmado, conectando contextos que en apariencia tienen los mismos temas, que una causa es actuación de la modalidad causada por ella, o que una modalidad está causada por el acto que es su actuación: por ejemplo, que un acto preceptivo tiene como modalidades las obligaciones o las prohibiciones que él mismo ha producido, o que el derecho o el deber de realizar un determinado acto tiene como causa ese mismo acto. Todo lo cual, evidentemente, son sinsentidos palmarios.

De todo ello se puede extraer el principio según el cual, para que la conjunción de los contextos de ‘causa’ y de ‘modalidad’ o ‘expectativa’ (así como de ‘efecto’ y ‘actuación’) no dé lugar a aporías, es necesario que tengan como tema pares de entidades no idénticas: es decir, diferentes por el grado de al menos una e iguales por el grado de no más de una de ellas. En consecuencia, sólo serán aceptables expresiones del tipo (i) $\text{CAU}x1y \cdot \text{MOD}y x2$ o (ii) $\text{MOD}y1x \cdot \text{CAU}xy2$, según las cuales una entidad $x1$ es ‘causa’ de una entidad y , que es ‘modalidad’ de otra entidad $x2$, o una entidad $y1$ es ‘modalidad’ de una entidad x , que a su vez es ‘causa’ de otra entidad $y2$.

Explicitaré este principio³⁵, que tiene ante todo el valor de una regla de formación, introduciendo las expresiones *grado supraordenado*, *grado subordinado* y *relación de grado* como predicados diádicos que designan las relaciones binarias entre las variables x e y cuando éstas se emplean contextualmente como temas de los términos ‘causa’ y ‘modalidad’ (o ‘expectativa’, o ‘regla’), o ‘actuación’ y ‘efecto’, o de otros términos que se definan directa o indirectamente por medio de éstos. Diremos entonces —en las hipótesis representadas por las expresiones (i) y (ii), respectivamente— que una entidad $x1$ (o $y1$) es de *grado supraordenado* a una entidad $x2$ (o $y2$) —de la que diremos que es de *grado subordinado* respecto a la anterior— cuando es causa de una entidad y que es a su vez modalidad (o expectativa, o regla) de la segunda, o bien es modalidad (o expectativa, o regla) de una entidad x que es a su vez causa de la segunda. Y llamaremos a estas conexiones *relaciones de grado*:

D5.4 Una entidad es de ‘grado supraordenado’ a otra si y sólo si es causa de una entidad que es regla, modalidad o expectativa positiva o negativa de la otra, o bien es regla, modalidad o expectativa positiva o negativa de una entidad que es causa de la otra.

$$(x1)(x2)(GSOx1x2 \equiv (\exists y)((CAUx1y \cdot (REGyx2 \vee MODyx2 \vee ASPyx2 \vee ASPy1x2)) \vee ((REGx1y \vee MODx1y \vee ASPx1y \vee ASPx1y2) \cdot CAUyx2)))$$

D5.5 Una entidad es de ‘grado subordinado’ a otra si y sólo si es efecto de una entidad de la que la otra es regla, modalidad o expectativa positiva o negativa, o bien es el tema de una regla, de una modalidad o de una expectativa positiva o negativa que es efecto de la otra.

$$(y2)(y1)(GSUy2y1 \equiv (\exists x)((EFFy2x \cdot (REGy1x \vee MODy1x \vee ASPy1x \vee ASPy1x2)) \vee ((REGxy2 \vee MODxy2 \vee ASPxy2 \vee ASPx1y2) \cdot EFFxy1)))$$

D5.6 Dos entidades están entre sí en relación de grado si y sólo si una de ellas es de grado supraordenado o subordinado a la otra.

$$(x1)(x2)(RGRx1x2 \equiv (GSOx1x2 \vee GSUx1x2))$$

Una cosa es por tanto de grado supraordenado a otra —que será a su vez de grado subordinado a la primera— o bien si es causa de aquello que es modalidad (o expectativa, o regla) de la otra (T5.47), o bien si es modalidad (o expectativa, o regla) de aquello que es causa de la otra (T5.48). Por lo demás, resulta evidente que ‘grado supraordenado’ y ‘grado subordinado’ son expresiones simétricas, cuyos contextos son equivalentes si se invierte el orden de sus temas: decir que una entidad es de grado subordinado a otra equivale a decir que ésta es de grado supraordenado a aquélla (T5.46).

$$T5.46 \quad (x2)(x1)(GSUx2x1 \equiv GSOx1x2) \quad D5.4, D5.5, D5.1$$

$$T5.47 \quad (x1)(y)(x2)((CAUx1y \cdot (MODyx2 \vee ASPyx2 \vee ASPy1x2 \vee REGyx2)) \rightarrow (GSOx1x2 \cdot GSUx2x1)) \quad D5.4, T5.46$$

$$T5.48 \quad (y1)(x)(y2)((MODy1x \vee ASPy1x \vee ASPy1x2 \vee REGy1x) \cdot CAUxy2) \rightarrow (GSOy1y2 \cdot GSUy2y1)) \quad D5.4, T5.46$$

Naturalmente se puede prescindir de los índices de grado cuando las variables que habrían de ser identificadas por medio de los mismos aparecen en una expresión una sola vez, o varias veces pero para denotar siempre la misma entidad. Lo importante es que los índices se tengan en cuenta, aunque no se hayan mencionado, cuando al unirse varias expresiones como premisas de una conclusión nos encontremos frente a variables que en las distintas expresiones tienen grados diferentes. En tal caso, para evitar incurrir en aporías como las indicadas anteriormente, habrá que tener siempre el cuidado de precisar los índices de grado de todas las variables que aparezcan en el cálculo, tanto si es en las premisas como si es en la demostración y en la conclusión.

La importancia teórica de las nociones de grado supraordenado, grado subordinado y relación de grado es enorme y va bastante más allá de su valor como reglas de formación. En efecto, estas nociones son indispensables para comprender la dinámica de todos los fenómenos jurídicos en ordenamientos mínimamente complejos. En concreto, y en tanto que relaciones seriales y transitivas, las relaciones de grado se revelarán esenciales para explicar dos dimensiones en las que se expresa y se articula toda la nomodinámica del derecho: la *horizontal* de la transferencia de situaciones, que representa el núcleo de la teoría de las sucesiones y de las negociaciones en la esfera del mercado; y la *vertical* de la estructura en grados del ordenamiento, que es a su vez el núcleo de la teoría de la validez, de la jerarquía de las fuentes, del estado constitucional de derecho y de la democracia constitucional. Así pues, diremos por ejemplo que la venta de un bien por Ticio a Cayo es de grado supraordenado a la de ese mismo bien por parte de Cayo a Sempronio, en tanto en cuanto es causa de la propiedad de Cayo de dicho bien, de la que a su vez es actuación la venta del mismo a Sempronio. Y diremos también que una ley o la constitución son respectivamente de grado supraordenado al acto administrativo y al acto legislativo que disciplinan, en la medida en que son causa de las funciones y competencias de las que dichos actos son actuación, así como de las reglas que disciplinan su producción. En ambos fenómenos se manifiesta la doble naturaleza de todo acto, que puede ser contemplado bien como actuación de una modalidad (que ha sido producida por un acto superior), o bien como causa de un efecto (que puede ser modalidad de un acto inferior):

T5.49 *Todo acto es al mismo tiempo actuación de una modalidad y causa de un efecto.*

(x)(ATTx \equiv ($\exists y1$)($\exists y2$)(ATZxy1 \cdot MODy1x \cdot CAUxy2 \cdot EFFy2x)) T5.19, T5.29

En consecuencia todo fenómeno jurídico puede insertarse en una cadena de relaciones de grado. Esta cadena, como se verá a partir del próximo capítulo, no es infinita. Hacia arriba, tiene siempre origen en un acto o en una situación constituyente. Hacia abajo, aun siendo potencialmente abierta, tiene de hecho término con un efecto que extingue la sucesión o pone fin a la escala jerárquica de las fuentes. Gracias a ella serán por tanto identificables más adelante, en sede de teoría de las sucesiones y de los intercambios negociales, los actos y situaciones *originarios* con los que se inician las progresiones horizontales expresadas por las vicisitudes de las situaciones privadas; y, en sede de teoría del ordenamiento, el acto o la situación *fundamental* o *constituyente* que está en la cúspide de la jerarquía vertical con arreglo a la cual está estructurado el ordenamiento.

5.9. *Constituyentes y constituidos*

Abordaré analíticamente en el capítulo XII —con referencia al estado constitucional de derecho— el problema de la naturaleza del acto y la situación constituyentes³⁶. Este problema, no obstante, debe quedar planteado desde ahora, dado que se refiere en general a todos los ordenamientos de derecho positivo. Y se identifica con la cuestión nuclear, que ha venido ocupando por mucho tiempo a la reflexión teórica, de la positividad del derecho o los fundamentos del derecho positivo.

Podemos demostrar, a partir de las tesis de las que ya disponemos, que una cosa es ‘*constituyente*’ cuando no haya ninguna otra de grado supraordenado a ella. Por ejemplo, en un sistema constitucional articulado en varios niveles normativos no son constituyentes una sentencia o una ley, dado que una y otra están subordinadas respectivamente, en tanto que ejercicios del poder jurisdiccional y del legislativo, a la ley ordinaria y a la constitución, por las cuales están causados y regulados ambos poderes. Lo son en cambio el acto con el que se instaura una constitución y el poder del que dicho acto es ejercicio, al no existir ni un acto supraordenado al primero ni un poder supraordenado al segundo.

El fundamento de estas tesis nos lo ofrecen los postulados P10, P11, P13 y P14, en los que ‘*no constituyente*’ y ‘*constituyente*’ figuran como predicados de temas consistentes en ‘causas’ (P10 y P13) o en ‘modalidades’, ‘expectativas’ o ‘reglas’ (P11, P13, P14). Estos cuatro postulados nos dicen, en negativo, qué es lo que es no constituyente (P10 y P11) y qué no es lo que es constituyente (P13 y P14). Según P10 las causas no constituyentes son comportamientos que suponen reglas y modalidades que a su vez, según P11, son no constituyentes puesto que están siempre producidas por causas (T5.44, T5.45, T5.14). Según P14, como se verá en el próximo capítulo, no son constituyentes ni las expectativas, ni las obligaciones, ni las prohibiciones. Por fin, según P13, que es el postulado que examinaré a continuación y que es el más relevante para el análisis de estos conceptos, no son nunca constituyentes los temas de ‘causa’ —es decir, los efectos cualesquiera que sean, ya se trate de modalidades, expectativas o reglas—, ni los de ‘regla’ ni los de ‘modalidad’ o ‘expectativa’ no constituyentes sino constituidas.

P13 *Aquello de lo que algo es causa, o regla, o bien modalidad o expectativa no constituyente, no es nunca constituyente.*

$$(x)(y)((CAUxy \vee REGxy \vee ((MODxy \vee ASPxy \vee ASPx\perp y) \cdot \neg COSx)) \rightarrow \neg COSy)$$

Este postulado, al que llamaré «cuarto postulado del positivismo jurídico», puede descomponerse en tres corolarios, relativos respectivamente a los tres términos de la suma lógica que figura en él como antecedente. El primero, que es sin duda el más importante, afirma que aquello de lo que algo es causa (o sea, que es un efecto), ya se trate de una mo-

alidad, una expectativa o un sujeto, nunca es constituyente (T5.50, T5.51); de manera que, a la inversa, lo que es constituyente no tiene una causa (T5.52) ni es por consiguiente un efecto (T5.53). De ello se seguirá —en los próximos capítulos— que a excepción del poder constituyente, que no es efecto de ninguna causa, no son constituyentes, sino constituidas o positivas, todas las situaciones —deberes y poderes, derechos patrimoniales y fundamentales—, así como las normas y las personas jurídicas o artificiales, que tienen todas ellas una causa, ya sea negocial, administrativa, legislativa o constitucional.

T5.50 $(x)(y)(CAUxy \rightarrow \neg COSy)$	P13
T5.51 $(y)(x)(EFFyx \rightarrow \neg COSy)$	T5.50, D5.1
T5.52 $(y)(COSy \rightarrow \neg(\exists x)CAUxy)$	T5.50
T5.53 $(y)(COSy \rightarrow \neg(\exists x)EFFyx)$	T5.52, D5.1

El segundo corolario afirma que tampoco es constituyente lo que sea el tema de una ‘regla’ (T5.54); de modo que, a la inversa, lo que es constituyente —esto es, el acto o causa constituyente— no es tema de ‘reglas’ (T5.55, T5.56). Por otra parte, como hemos mostrado basándonos en P10, todo acto no constituyente es tema de una regla (T5.7, T5.32, T5.33). De ello se sigue que un acto es constituyente si y sólo si no está regulado por ninguna regla (T5.57, T5.58), mientras que no lo es en caso contrario (T5.59, T5.60). Si se considera a continuación que las reglas jurídicas —a las que en el capítulo VIII llamaré ‘normas’— serán definidas a su vez como efectos de actos (D8.1), podremos afirmar también, en virtud del primer corolario derivado de P13 (T5.50), que tampoco ellas son constituyentes (T5.14); y por consiguiente que en esta teoría no hay sitio para reglas o normas constituyentes, originarias o fundamentales, como la concebida por Hans Kelsen. Las normas, como se verá en su momento, son siempre *positivas*, es decir, producidas por actos que son sus fuentes. Hasta las propias normas constitucionales, aun estando supraordenadas a cualquier otra norma, están producidas por un acto constituyente y por tanto subordinadas a esa situación originaria que llamaré en su momento ‘poder constituyente’.

T5.54 $(r)(x)(REGrx \rightarrow \neg COSx)$	P13
T5.55 $(x)(COSx \rightarrow \neg(\exists r)REGrx)$	T5.54
T5.56 $(x)((ATTx \cdot COSx) \rightarrow \neg(\exists r)REGrx)$	T5.55
T5.57 $(x)(ATTx \rightarrow (COSx \equiv \neg(\exists r)REGrx))$	T5.56, T5.32
T5.58 $(x)((ATTx \cdot COSx) \equiv (ATTx \cdot \neg(\exists r)REGrx))$	T5.57
T5.59 $(x)(ATTx \rightarrow (\neg COSx \equiv (\exists r)REGrx))$	T5.57
T5.60 $(x)((ATTx \cdot \neg COSx) \equiv (ATTx \cdot (\exists r)REGrx))$	T5.59

Finalmente, el tercer corolario afirma que tampoco es constituyente aquello de lo que algo es modalidad o expectativa no constituyente (T5.61), es decir, constituida o producida por una causa (T5.62); de manera que, a la inversa, es constituyente (T5.63), en tanto que no produ-

cida por causa alguna (T5.64), sólo la modalidad o la expectativa de lo que es constituyente. Por lo tanto, no son constituyentes, por ejemplo, los actos legislativos, habida cuenta de que no es constituyente, sino que está constituido por la constitución, el poder legislativo del que son ejercicio; mientras que es constituyente la modalidad del acto constituyente, esto es, el poder constituyente, del que no existe causa alguna al ser originario.

T5.61	$(y)(x)((\text{MOD}_{yx} \vee \text{ASPyx} \vee \text{ASPy}\perp x) \cdot \neg \text{COSy}) \rightarrow \neg \text{COSx}$	P13
T5.62	$(y)(x2)((\text{MOD}_{yx2} \vee \text{ASPyx2} \vee \text{ASPy}\perp x2) \cdot (\exists x1)\text{CAUx1y}) \rightarrow \neg \text{COSx2}$	T5.61, T5.60
T5.63	$(x)(y)((\text{MOD}_{yx} \vee \text{ASPyx} \vee \text{ASPy}\perp x) \cdot \text{COSx}) \rightarrow \text{COSy}$	T5.61
T5.64	$(x2)(y)((\text{MOD}_{yx2} \vee \text{ASPyx2} \vee \text{ASPy}\perp x2) \cdot \text{COSx2}) \rightarrow \neg (\exists x1)\text{CAUx1y}$	T5.63, T5.52

A partir de la conjunción de estos tres corolarios —concretamente, de las tesis T5.50, T5.54 y T5.62—, diremos por tanto que no son constituyentes ni aquello de lo que algo es causa, cualesquiera que sean la regla, la modalidad o la expectativa de las que es actuación, ni aquello de lo que algo es regla, modalidad o expectativa, cualquiera que sea la causa de las que éstas son efecto (T5.65).

T5.65	$(x2)(x1)((\exists y)((\text{CAUyx2} \cdot (\text{REGx1y} \vee \text{MODx1y} \vee \text{ASPx1y} \vee \text{ASPx1}\perp y)) \vee ((\text{REGyx2} \vee \text{MODyx2} \vee \text{ASPyx2} \vee \text{ASPy}\perp x2) \cdot \text{CAUx1y})) \rightarrow \neg \text{COSx2})$	T5.50, T5.54, T5.62
-------	---	---------------------

Ahora bien, como sabemos por la definición D5.4, algo que es causa de aquello que es regla, modalidad o expectativa de otra cosa, o que es regla, modalidad o expectativa de aquello que es causa de otra cosa, no es sino aquello que es de grado supraordenado respecto a esa otra cosa. De ello se sigue lo que se quería demostrar: si una cosa es de grado supraordenado a otra, esta otra no es constituyente (T5.66); y a la inversa, con respecto a lo que es constituyente no hay nada que sea de grado supraordenado (T5.67).

T5.66	$(x1)(x2)(\text{GSOx1x2} \rightarrow \neg \text{COSx2})$	T5.65, D5.4
T5.67	$(x2)(\text{COSx2} \rightarrow \neg (\exists x1)\text{GSOx1x2})$	T5.66

De este modo hemos alcanzado una primera y satisfactoria caracterización de ‘constituyente’ y, como reflejo, de ‘no constituyente’ en tanto que «constituido» o «positivo». ‘Constituyente’ es cualquier causa, modalidad o expectativa respecto a la cual no haya ninguna otra de grado supraordenado (T5.68). En concreto, *acto constituyente* es el acto respecto al cual no hay ningún acto supraordenado (T5.69); modalidad o expectativa constituyente —o como diremos mejor en el próximo capítulo, *situación constituyente*— es aquella respecto a la cual no hay ninguna modalidad o expectativa supraordenada (T5.70). A la inversa, no son constituyentes ni el acto ni la modalidad ni la expectativa de

grado subordinado a otros (T5.71, T5.72). Volviendo sobre nuestros ejemplos, en un ordenamiento dotado de constitución rígida ni la ley ni el poder legislativo ni la propia constitución son constituyentes, dado que suponen situaciones o actos supraordenados a ellos; mientras que sí lo son, cuando faltan tales actos o situaciones, el acto con el que se dicta la constitución y el poder del que es ejercicio.

T5.68	$(x2)(\text{COS}x2 \rightarrow \neg(\exists x1)((\text{CAU}x2y \vee \text{MOD}x2y \vee \text{ASP}x2y) \cdot \text{GSO}x1x2))$	T5.67
T5.69	$(x2)((\text{ATT}x2 \cdot \text{COS}x2) \rightarrow \neg(\exists x1)(\text{ATT}x1 \cdot \text{GSO}x1x2))$	T5.67
T5.70	$(y2)(x)((\text{MOD}y2x \vee \text{APPy}2x \vee \text{APPy}2\perp x) \cdot \text{COS}y2) \rightarrow \neg(\exists y1)((\text{MOD}y1x \vee \text{APPy}1x \vee \text{APPy}1\perp x) \cdot \text{GSO}y1y2))$	T5.67
T5.71	$(x2)((\text{ATT}x2 \cdot (\exists x1)\text{GSU}x2x1) \rightarrow \neg\text{COS}x2)$	T5.66, T5.46
T5.72	$(y2)(x)((\text{MOD}y2x \vee \text{APPy}2x \vee \text{APPy}2\perp x) \cdot (\exists y1)\text{GSU}y2y1) \rightarrow \neg\text{COS}y2)$	T5.66, T5.46

¿Pero qué quiere decir concebir un acto o una situación como constituyentes, es decir, de una clase tal que no existen ni un acto superior al primero ni una situación superior a la segunda? Quiere decir postular, en la base del derecho positivo, un fundamento extrajurídico o de hecho: un acto que es jurídico sólo porque de hecho es causa (pero no a la vez actuación) de una modalidad jurídica, o una modalidad que a su vez es jurídica sólo porque de hecho es realizada (pero no causada) por un acto jurídico. En ambos casos resulta confirmada la antigua máxima *ex facto oritur ius*. El derecho positivo es un fenómeno artificial, cuyo fundamento empírico reside en hechos empíricos de tipo extra- o prejurídico, es decir, externos al derecho mismo.

Luego —una vez admitida la existencia tanto de actos como de situaciones constituyentes— la estipulación en el vértice del sistema de un *acto* (es decir, de una causa) constituyente o de una *situación* (o sea, una modalidad) constituyente, es ya una opción relativamente arbitraria. En esta teoría he asumido como originaria (o fundamental) una modalidad, esto es, una situación —que en el capítulo XII identificaré con un poder, el ‘*poder constituyente*’—, al haberse revelado esta hipótesis más adecuada que la de un acto o una norma fundamental para explicar los caracteres estructurales del estado constitucional de derecho. A estas alturas la razón de la opción es clara: habiendo convenido —con el postulado P2— que todo acto es siempre actuación de una modalidad (y no que toda modalidad es siempre efecto de un acto jurídico), nuestra opción permite dar cuenta también del *acto constituyente*, que supone asimismo una modalidad que será obviamente la modalidad constituyente (T5.73). En concreto, dado que en virtud del postulado P14 dicha modalidad no puede ser ni una obligación ni una prohibición, diremos que el acto constituyente es siempre ejercicio de una facultad constituyente (T5.74); la que por el contrario, y justamente porque es constituyente, no es efecto de ningún acto, ni siquiera constituyente (T5.75).

T5.73 (x)((ATTx · COSx) → (∃y)(ATZxy · MODyx · COSy)) T5.61, T5.19

T5.74 (x)((ATTx · COSx) → (∃y)(ESExy · FACyx · COSy))

T5.73, P14, T1.5, T1.4, D2.4, D2.5, D2.8, T2.17

T5.75 (y)((FACy · COSy) → ¬(∃x)(EFFyx · ATTx · COSx)) T5.53

Esta facultad constituyente, como veremos en el próximo capítulo, es una *situación jurídica*. Podremos reformular entonces nuestras dos últimas tesis, afirmando que mientras que el acto constituyente es ejercicio de una situación constituyente (T6.85), ésta no es efecto de ningún acto (T6.74) al ser precisamente originaria o fundamental. Una situación semejante —que, como he dicho, llamaré en su momento ‘poder constituyente’ (D12.1)— es un poder *sui generis*, cuya juridicidad, como veremos, depende por completo de su efectividad, es decir, de la efectiva fuerza constituyente del acto que es su actuación. Así pues, el concepto de ‘situación’ jurídica es el que en este momento hay que definir y analizar.

NOTAS

1. Th. Hobbes, *Leviatán, o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Alianza, Madrid, 1989, Introducción, § 1, p. 13; cap. XXI, § 5, p. 175; cap. XXVI, § 11, p. 219. Véanse también los pasajes citados en la nota 7 del capítulo VI.

2. En el Código Civil italiano «efecto» se usa en particular a propósito de los contratos: por ejemplo, el capítulo V del título II del libro IV lleva la rúbrica «De los efectos de los contratos». Francesco Carnelutti lo define convenientemente como el «cambio jurídico», es decir, como «una sucesión de situaciones en las que, de la primera hasta la última, transcurre una diversidad jurídica» (*Teoria generale del diritto*, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, ³1951, § 100, p. 229). Entre los estudios acerca del efecto jurídico y su conexión causal con el supuesto de hecho todavía conserva su interés el artículo de A. E. Cammarata, «Il significato e le funzioni del fatto nell'esperienza giuridica» [1929], en *Formalismo e sapere giuridico*, Giuffrè, Milano, 1963, pp. 245-293. Véanse además D. Rubino, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Giuffrè, Milano, 1939; A. Falzea, «Efficacia giuridica», en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, vol. XIV, 1965, §§ 7-10, pp. 437-449.

3. La literatura acerca de la historia del concepto de «causa» es inabarcable. Me limito a recordar, sobre la causa en el derecho romano e intermedio, P. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano* [1896], trad. cast. de L. Bacci y A. Larrosa, rev. por F. Campuzano Horma, *Instituciones de Derecho romano*, Reus, Madrid, ³1965, § 27, pp. 86-88; E. Betti, *Istituzioni di diritto romano*, Cedam, Padova, 1942, I, pp. 110-111; V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, Jovene, Napoli, 1956, cap. III, § 1, pp. 77-82; G. Grosso, «Causa (diritto romano)», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. VI, 1960, pp. 532-535; M. Talamanca, «Contratto e patto nel diritto romano», en *Digesto. IV Edizione*, cit., vol. VI, 1989, pp. 58 ss.; C. A. Cannata, «Contratto e causa nel diritto romano», en L. Vacca (ed.), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 35-61; F. Calasso, *Medioevo del diritto. Le fonti*, I, Giuffrè, Milano, 1954, pp. 125 y *passim*; Íd., *Il negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1959; E. Cortese, «Causa (diritto intermedio)», en *Enciclopedia del diritto*,

cit., vol. VI, 1960, pp. 535-547. Habitualmente la historia moderna del concepto de «causa» se hace remontar a las obras de Jean Domat y de Robert J. Pothier. No obstante, Italo Biocchi ha encontrado un uso absolutamente moderno del concepto en la obra de Hermann Vulteius, *Jurisprudentiae romanae a Justiniano compositae libri II* [1590], Typis Pauli Egenolphi, Marpurgi, ³1598, que define el contrato de este modo: «Conventio, quae causam habet, contractus dicitur, unde contractum definio quid sit conventio cum causa» (lib. I, cap. XXX, p. 168, citado por I. Biocchi, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna. I. Il Cinquecento*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 143); Íd., «Causa e definizione del contratto nella dottrina del Cinquecento», en L. Vacca (ed.), *op. cit.*, pp. 189-215. Del siglo XIX en adelante la historia del concepto se entrelaza y de hecho se confunde con la de la teoría civilista del negocio jurídico, desarrollándose, al igual que ésta, siguiendo las dos orientaciones —subjetivista y objetivista— a las que me refiero sumariamente en las próximas notas. Sobre el concepto moderno de causa, el intenso debate desarrollado en torno al mismo desde el siglo XIX en adelante y sus resultados actuales, me limito a remitir a M. Giorgianni, «Causa (diritto privato)», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. VI, 1960, pp. 547-576; G. B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966, pp. 67-133; Íd., «La causa nella teoria del contratto», en L. Vacca (ed.), *op. cit.*, pp. 415-425; Íd., «Il negozio giuridico tra ordinamento e autonomia», en AA. VV., *Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo*, Giuffrè, Milano, 2002, t. II, pp. 1031-1061; G. De Nova, *Il tipo contrattuale*, Cedam, Padova, 1974; G. Broggin, «Causa e contratto», en L. Vacca (ed.), *op. cit.*, pp. 9-34, y G. Alpa, «Causa e contratto. Profili attuali», *ibid.*, pp. 245-282. En cambio, la recepción de esta tradición en otros sectores del derecho ha sido siempre incierta y problemática: cf., respecto al derecho administrativo, M. S. Giannini, «Atto amministrativo», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. IV, 1959, pp. 177-178 y, en la p. 195, la bibliografía relativa al debate —en buena medida terminológico— acerca de la cuestión.

4. Ésa fue la orientación que se impuso y consolidó en Francia, también gracias a la promulgación del *Code civil* de 1804. Cf., por ejemplo, H. Capitant, *De la cause des obligations* [1923], trad. cast. de E. Tarragato y Contreras, *De la causa de las obligaciones*, Analecta, Pamplona, 2005 [ed. facsímil de la de Góngora, Madrid, 1925], pp. 192 ss.; G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles* [1927], Pichon et Durand-Auzias, Paris, 1948, § 22, pp. 37 ss., quien recuerda, como máxima expresión del poder de la voluntad negocial —en una época en la que era fortísimo «el culto» a la omnipotencia del legislador—, su equiparación a la ley, consagrada en el artículo 1134 del *Code*: «les conventions légalement formées tiennent lieu de la loi à ceux qui les ont faites»; fórmula que reproduce el artículo 1372 del Código Civil italiano, a tenor del cual «el contrato tiene fuerza de ley entre las partes». Prevalece también una concepción voluntarista de la causa en la pandectística alemana, de acuerdo con el «dogma de la voluntad» que informa la doctrina del negocio jurídico: baste con recordar la definición clásica del negocio como «declaración de voluntad privada dirigida a producir un efecto jurídico» formulada por B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts* [1862-1870], trad. it. de C. Fadda y P. E. Bensa, *Diritto delle Pandette*, Utet, Torino, 1902, I, § 69, p. 264 [hay trad. cast. parcial de F. Hinestrosa, con el título *Tratado de derecho civil alemán*, t. I, vol. I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1976, que, de la Introducción y los tres Libros que contiene el primer tomo del original alemán (en tres tomos), recoge sólo la Introducción, el Libro I y parte del II, justamente hasta el § 68]. Y prevalece igualmente en la doctrina italiana más autorizada del siglo XIX y comienzos del XX —de Vittorio

Scialoja a Nicola Coviello, de Carlo Fadda a Francesco Ferrara y Giuseppe Messina: acerca de esta orientación, cf. P. Beneduce, *La volontà civilistica. Giuristi e scienze sociali in Italia tra '800 e '900*, Newprint, Napoli, 1990, pp. 183 ss.

5. E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico* [1943], trad. cast. [de la 2.^a ed. it., de 1952] de A. Martín Pérez, *Teoría general del negocio jurídico*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, §§ 20-22, pp. 132-152, en particular p. 135, donde la causa también es denominada «título justificativo» de los efectos del negocio; Íd., «Causa del negozio giuridico», en *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Torino, vol. III, 1959, pp. 32-40. Una orientación claramente objetivista había sido emprendida en Italia por otro ilustre romanista: P. Bonfante, «Il contratto e la causa del contratto»: *Rivista di diritto commerciale* I (1908), 115 ss.; Íd., *Instituciones...*, cit., pp. 86-87, donde se identifica la causa con «el efecto no [...] lesivo del derecho de los demás».

6. E. Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, cit., §§ 20 y 21, pp. 135 y 143.

7. S. Pugliatti, «Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici» [1934], ahora en *Diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1951, pp. 75 ss.; Íd., «Precisioni in tema di causa del negozio giuridico» [1947], *ibid.*, pp. 109 y 133 ss.

8. S. Pugliatti, «Precisioni...», cit., pp. 111-119, donde el elemento de la «función económico-social» se descalifica abiertamente como «una escoria que se debería eliminar» (p. 114); Íd., «Nuovi aspetti...», cit., p. 90: «De este modo la causa es el esquema predisposto por la norma para la consecución de los efectos jurídicos predeterminados por la norma misma». En términos similares, F. Carnelutti, «Sulla causa della transazione», en *Studi di diritto civile*, Athenaeum, Roma, 1916, p. 434: «la causa del negocio es el efecto jurídico por el que se manifiesta la voluntad». Fórmulas como éstas expresan esa equivalencia de significado extensional entre causa y efectos que yo he afirmado por medio de la definición D5.1. La otra relación, no menos importante, entre «causa» y «tipo normativo» se aclarará mejor cuando dispongamos del concepto de norma (T8.10, T8.56, T8.59-T8.61). Distingue en cambio con nitidez entre «causa» y «tipo legal» A. Di Majo, «La causa del contratto», en M. Bessone (ed.), *Istituzioni di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 641-667.

9. La distinción de la que a veces se hace uso en la doctrina civilista entre «negocios típicos» o «nominados» y «negocios atípicos» o «innominados» se refiere en efecto, para ser precisos, sólo a los contratos, dado que los negocios unilaterales y los plurilaterales no patrimoniales son «todos nominados, esto es, individualizados y regulados por la ley en atención a su causa» (F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile* [1944], trad. cast. [de la 7.^a ed. it., de 1962] de A. Luna Serrano, *Doctrinas generales del Derecho civil*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, § 38, p. 203); de manera que la causa, como «razón determinante del sujeto para realizar el negocio» (*ibid.*, § 26, p. 142), «es un elemento necesario a todo negocio jurídico, cualquiera que sea el contenido del mismo» (*ibid.*, § 38, p. 205).

10. «La causa del contrato se identifica entonces, en definitiva, con la *operación jurídico-económica* realizada típicamente por cada contrato, con el *conjunto de resultados y efectos esenciales* que típicamente se siguen del mismo, con su *función económico-social*, como se suele decir» (V. Roppo, *Il contratto*, Il Mulino, Bologna, 1977, cap. III, § 4.3, p. 175).

11. El concepto de «nulidad», como es sabido, se halla entre los más controvertidos en la doctrina civilista, a causa de sus inciertos confines por un lado con la «anulabilidad» (del acto inválido) y, por el otro, con la «inexistencia» (del no-acto). La aporía que subyace al mismo fue bien expresada por B. Windscheid,

Diritto delle Pandette, cit., § 82, nota 2, p. 327: «El negocio jurídico nulo no existe para el derecho, pero de hecho existe. Es un cuerpo sin alma; pero no por eso deja de ser un cuerpo». Es acerca de la naturaleza de este «cuerpo» —mero comportamiento irrelevante para el derecho y por ello inexistente como acto, o, por el contrario, acto que aun gravemente viciado es productor de algún efecto, aunque sea distinto de los efectos del acto válido— sobre lo que se ha dividido la doctrina. Para un análisis de la cuestión, me limito a remitir a R. Tomassini, «Nullità (diritto privato)», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XXVIII, 1978, pp. 866-909. En el plano de la teoría del derecho el problema es sin embargo de escaso relieve. Los casos, en efecto, son dos, y que se dé el uno o el otro es una cuestión que incumbe a la dogmática, no a la teoría, dado que depende exclusivamente de la disciplina adoptada por el derecho positivo: o nos encontramos frente a un comportamiento totalmente improductivo de efectos, en cuyo caso no podrá hablarse de «acto» (T5.38); o dicho comportamiento tiene alguna relevancia jurídica porque es productor de algún efecto, aunque sea provisional y distinto de los efectos típicos del acto válido, en cuyo caso es un acto (T5.37) que pertenece a la clase de los actos inválidos, cuyo efecto típico, como se verá en su momento, es precisamente la anulabilidad de los efectos que producen de manera provisional (D9.32, T9.232-T9.235, T10.239).

12. E. Casari, *Lineamenti di logica matematica*, Feltrinelli, Milano, 1960, p. 22.

13. Como apunté al final de la nota 6 del capítulo I, una vez separado con nitidez el concepto de 'causa' del de 'voluntad' se podría construir también respecto a la voluntad —referida a los efectos más que a las causas (es decir, a los actos)— un cuadrado análogo y paralelo al de los intereses elaborado en el § 3.8. Resultarían: a) «queridos que» los efectos típicos de los actos negociales y en términos más generales preceptivos, que se producen de acuerdo con la voluntad de su autor; b) «no queridos que» los efectos sancionatorios de los actos ilícitos, que se producen contra la voluntad de su autor; c) «queridos que no» los efectos como la anulación de los actos inválidos, que se produce aunque no sea querida por sus autores; d) «no queridos que no» los efectos de esos mismos actos inválidos perseguidos por sus autores, que no se producen aunque sean queridos por ellos. Los efectos «queridos que», como los de los actos preceptivos, los «no queridos que», como los de los actos ilícitos, y los «queridos que no» o «no queridos que no» se justificarían, respectivamente, por la función de tutela positiva o, por el contrario, de prevención negativa o de neutralización de sus causas. No obstante, una expansión semejante de nuestro cálculo —además de exigir un nuevo postulado del tipo $(x)(VOLxy \rightarrow \neg VOLx\perp y)$ — exigiría desarrollos y complicaciones que, aun prometedoras, por el momento quedan fuera de la economía de este trabajo.

14. M. S. Giannini, «Atto amministrativo», cit., pp. 176-177; S. Pugliatti, «Precisazioni...», cit., p. 117; A. Di Majo, «La causa del contratto», cit., p. 645: «La causa representa un 'límite' al principio de la eficacia del mero acuerdo». Esta génesis permite entender también la importancia que, por su capacidad explicativa, se ha dado siempre en la construcción del concepto de causa al elemento extrajurídico de la «función» o «razón económico-social» del negocio, con el que —como se ha visto *supra*, en las notas 5 y 6— ha sido identificado a menudo. El término 'razón social' se utilizará más adelante (D8.14) para caracterizar uno de los dos elementos del estatuto de las personas jurídicas.

15. Afirma Pietro Bonfante, dándole la vuelta a la tesis voluntarista de la equiparación de la voluntad negocial con la fuerza de ley recordada *supra*, en la nota 4: «[la causa] representa la voluntad de la ley frente a la voluntad privada» (*Instituciones...*, cit., § 27, p. 87).

16. «Por exceso de sentidos, por la heterogeneidad de sus significados, por la superposición de funciones que ahora asumen otros instrumentos conceptuales, la noción de causa está llamada a desaparecer como elemento normativo autónomo del contrato y de la obligación en general» (G. Broggin, «Causa e contratto», cit., p. 31). De «muerte de la causa» ha hablado U. Breccia, «Morte e resurrezione della causa: la tutela», en S. Mazzamuto, *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 241-267, que recurre a la misma imagen acuñada por G. Gilmore, *The Death of Contract* [1974], trad. it., *La morte del contratto*, Giuffrè, Milano, 1988, refiriéndose a la progresiva desaparición en el derecho anglosajón del nexo entre contrato y *consideration*, que *grosso modo* es el equivalente del concepto italiano y francés de «causa», al designar la razón del intercambio que justifica el contrato. Sobre la *consideration*, véanse además G. Gorla, «Consideration», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. IX, 1961, pp. 176-184, G. Alpa, «Il contratto fra passato e avvenire», Introducción a G. Gilmore, *op. cit.*, pp. XXII-XXVII; G. Alpa y M. Bessone, *Causa e consideration*, Cedam, Padova, 1984; M. Serio, «Note su consideration e causa», en L. Vacca (ed.), *op. cit.*, pp. 385-396.

17. G. Broggin, «Causa e contratto», cit., p. 31.

18. Según U. Breccia, «Morte e resurrezione della causa...», p. 244, el inicio del proceso que ha llevado a la «muerte tanto de la *consideration* como de la causa» puede encontrarse en la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías, cuyo artículo 29 considera necesario y suficiente para la modificación de un contrato el mero acuerdo (*mere agreement*) de las partes. Cf. al respecto M. J. Bonell, *Un 'codice' internazionale del diritto dei contratti. I principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, Giuffrè, Milano, 1995. Se trata de una orientación que se ha ido asentando en estos años de acuerdo por un lado con una influencia cada vez más acusada de la tradición anglosajona, informada desde siempre por una mayor autonomía de los contratantes, y por otro con las actuales ideologías ultraliberales. Un síntoma de la crisis del concepto de causa es su abandono en codificaciones recientes, como la holandesa y la israelí: cf. H. Ankum, «La causa del contratto nello sviluppo del diritto olandese fino al nuovo codice civile del 1992», en L. Vacca (ed.), *op. cit.*, pp. 397-406; A. Mordechai Rabello, «Israele: senza 'causa' e senza 'consideration'», *ibid.*, pp. 407-414. La causa sigue en cambio presente en los códigos francés, español y alemán; pero también en estos países se plantea cada vez más a menudo la pregunta por su relevancia y utilidad: véanse G. Alpa, «Causa e contratto», cit., pp. 261-267; B. Schmidlin, «La causa del contratto nel codice civile francese», *ibid.*, pp. 283-292; A. Pedreira Andrade, «Contrato y causa en el derecho español», *ibid.*, pp. 299-355; G. Hohloch, «Causa e contratto. Riflessioni relative all'attuale fase del diritto tedesco», *ibid.*, pp. 357-376.

19. Cf., por ejemplo, F. Santoro-Passarelli, «Atto giuridico», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. IV, 1959, pp. 203-204. Según este peculiar método de formación de los conceptos por vía residual, primero se aísla el «acto jurídico» dentro de la categoría general de los «hechos jurídicos en sentido amplio» y se califican los demás hechos como «hechos jurídicos en sentido estricto»; después se aísla el concepto de «negocio jurídico» dentro de la categoría general de los actos y se califican los demás actos como «actos jurídicos en sentido estricto». De este modo, la única categoría definida es el «negocio», más allá del cual están «los actos que no son negocios» y los hechos «que no son actos». Sobre las nociones de «mero acto», «acto en sentido estricto», «acto instrumental», etc., véanse E. Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, capítulo introductivo, pp. 10-21 y § 4, pp. 64-68; Íd., «Atti giuridici», en *Novissimo Digesto*, cit., vol. I, tomo II,

1958; G. Mirabelli, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Jovene, Napoli, 1955, que analiza un largo y variado inventario de los mismos. Para una revisión crítica de esta clasificación de los actos, cf. F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, Cedam, Padova, 1990, vol. I, § 10, pp. 42-48.

20. Es la misma definición de 'acto jurídico' que formulé en *Teoria assiomaticizzata del diritto. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1970, cap. II, §§ 2-3, pp. 64-79.

21. H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., parte I, cap. III, B, p. 62.

22. *Ibid.*, pp. 61-62: «Desde un punto de vista estrictamente jurídico, el acto violatorio de la norma de derecho se caracteriza como condición de la sanción. No se trata, sin embargo, de una condición única. [...] Tomemos como ejemplo el incumplimiento de un contrato. La regla relativa dice así: si dos personas celebran un contrato y una de las partes no lo cumple, y la otra ejerce una acción en contra de la primera ante la autoridad judicial competente, ésta debe decretar una sanción contra el incumplidor. Tal formulación no es de ningún modo completa. No enumera todas las condiciones posibles sino únicamente las que en ese caso especial son características de la sanción. [...] La celebración del contrato y la demanda de la otra parte son también condiciones [...]; para el jurista, el acto antijurídico es una condición establecida por la ley en el mismo sentido en que lo son, para repetir el anterior ejemplo, la acción y la celebración del contrato».

23. Véanse, *infra*, los pasajes kelsenianos citados en las notas 28 y 30 del capítulo X y 36-39 del capítulo XII.

24. Cf. N. Bobbio, *Teoría general del derecho*, cit., parte I, cap. VI, § 50, pp. 147-148 y parte II, cap. III, § 66, pp. 196 ss. Sobre la figura de lo «lícito jurídico», identificada por exclusión con todo lo que la ley no ordena, recuérdese también A. Levi, «Attività lecita individuale ed attività discrezionale amministrativa» [1933], en *Scritti minori di filosofia del diritto*, II, Cedam, Padova, 1957, pp. 113-136.

25. La fundamentación de esta distinción en el criterio de la «voluntad» —y en concreto de la «voluntad (negocial) del efecto»— resulta entre otras cosas de una significativa vacilación terminológica por parte de la doctrina: la denominación de los comportamientos ilícitos a veces con el término «acto ilícito», pero más a menudo con el término «hecho ilícito». Esta segunda denominación no se explica si no es por la circunstancia de que los efectos típicos del ilícito no corresponden a fines del agente sino a fines opuestos o contrarios (son «no queridos»), tal y como se ha dicho *supra*, en la nota 13; de manera que el ilícito es calificado como «hecho» en la medida en que sus efectos jurídicos no son queridos por su autor, es decir, en tanto en cuanto no es un acto de voluntad negocial.

26. Aquí cabe remitir a cualquier manual de derecho privado. Cf., por ejemplo, D. Barbero, *Sistema del diritto privato italiano* [1947], Utet, Torino, 1965, I, § 168, p. 262, donde, siguiendo un esquema que se ha convertido en clásico, se enumeran los hechos más dispares, desde el transcurso del tiempo hasta los derrumbamientos. De un modo más sensato, la noción de «hecho jurídico» es asociada a la «relación de causalidad jurídica, que es precisamente la especial relación hecho-efecto establecida por una norma» por A. Falzea, «Fatto giuridico», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XVI, 1967, p. 942; Íd., «Fatto naturale» [1970], en *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*. II. *Dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 355-389. En el mismo sentido, cf. A. Cataudella, «Fattispecie», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XVI, 1967, pp. 926-941; C. Maiorca, «Fatto giuridico-Fattispecie», en *Novissimo Digesto*, cit., vol. VII, 1957, pp. 111-133.

27. F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale* [1939], Giuffrè, Milano, 1957, vol. I, § 31.1, p. 443.

28. Es la tesis de Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., pp. 3-4: «Hechos que no representan un comportamiento humano pueden entrar en el contenido de una norma de derecho. Pero sólo pertenecen a tal contenido en cuanto se refieren a la conducta humana, ya como condición, ya como efecto de la misma».

29. El análisis más completo y profundo del concepto de 'eficacia' sigue siendo el de A. Falzea, «Efficacia giuridica», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XIV, 1965, pp. 432-509. De «causalidad jurídica» hablan F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., I, § 31, 2bis, p. 445 y C. Maiorca, «Fatto giuridico», cit., §§ 13 y 14, pp. 122-123; y también —como en el pasaje citado en la nota 26—, Angelo Falzea, que no obstante manifiesta preferir la expresión «condicionalidad» para evitar la confusión con la causalidad natural («Efficacia giuridica», cit., § 24, p. 464). Sobre la «relevancia jurídica», también entendida aquí como sinónimo de «eficacia», cf. además A. Falzea, «Efficacia giuridica», cit., § 22, pp. 462-464 y § 41, pp. 481-484, que la entiende en cambio en un significado bastante más extenso; N. Irti, «Rilevanza giuridica»: *Jus* (1967), fasc. I-II, pp. 55-108, que distingue entre «relevancia interna» y «relevancia externa».

30. Esta representación de la relación entre supuestos de hecho y consecuencias jurídicas me parece análoga a la que ofrece A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1974, cap. VI, p. 165.

31. Véanse, *supra*, las notas 23 y 24 del capítulo II.

32. Véase, *supra*, la nota 2 del capítulo II.

33. Sobre la idea —a la que ya he aludido en el § 4.7 y sobre la que volveré en los §§ 8.9 y 10.22— de que la normatividad del derecho está ligada al hecho de que las normas jurídicas son «razones para la acción» se ha abierto un intenso debate, sobre todo en la filosofía ius-analítica en lengua española, a partir de las tesis de J. Raz, *Practical Reason and Norms* [1975], trad. cast. de J. Ruiz Manero, *Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991. Véanse, en particular, C. S. Nino, *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985, cap. VII, pp. 125-144; J. C. Bayón Mohino, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; Íd., «Razones y reglas: sobre el concepto de 'razón excluyente' en Joseph Raz»: *Doxa* 10 (1991), 25-66; Íd., «Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas»: *Doxa* 19 (1996), 143-162; P. E. Navarro, *La eficacia del Derecho. Una investigación sobre la existencia y funcionamiento de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 84 ss.; M. C. Redondo y P. E. Navarro, «Aceptación y funcionamiento del derecho»: *Doxa* 9 (1991), 225-234; Íd., «Normas y razonamiento práctico. Una crítica a Joseph Raz»: *Doxa* 10 (1991), 91-100; R. Caracciolo, «El concepto de autoridad normativa. El modelo de las razones para la acción», *ibid.*, pp. 67-90; M. Atienza y J. Ruiz Manero, «Sobre principios y reglas», *ibid.*, pp. 101-122; M. C. Redondo, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996; Íd., «Sulla rilevanza pratica del diritto»: *Ragion pratica* 13 (1999), 203-218 [versión castellana, con algunas variaciones: «El carácter práctico de los deberes jurídicos»: *Doxa* 21-II [1998], 355-370]. Sobre la ambigüedad del concepto de «razones para la acción» en el uso que de él hace Raz, véanse M. Jori, «Nuovi sviluppi in teoria delle norme»: *Sociologia del diritto* 1 (1979), 171-177; Íd., *Il formalismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 4-9 y 86-100; P. Comanducci, «Sobre las reglas como ra-

zones excluyentes. Un comentario al trabajo de Juan Carlos Bayón»: *Doxa* 19 (1996), 163-168, al que siguió la respuesta de J. C. Bayón Mohino, «Respuesta a Comanducci», *ibid.*, pp. 169-180. Se puede encontrar una anticipación de la idea de las normas jurídicas como «razones para la acción» en la concepción del derecho como «norma técnica» de A. Ravà, *Il diritto come norma tecnica*, Dessì, Cagliari, 1911, reimp. en *Id.*, *Diritto e stato nella morale idealistica*, Cedam, Padova, 1950, pp. 3-120.

34. Recuérdense las cuatro clases de efectos generados por el cuadrado lógico de las voluntades al que se hizo alusión en la nota 6 del capítulo I y en la nota 13 de este capítulo.

35. Una aparente excepción a este principio es la representada por el fenómeno consuetudinario. Las costumbres, como se verá en el § 12.15, son normas producidas por la constante repetición de su observancia (D12.33), esto es, de su actuación, que parecería por tanto coincidir con su causa. En realidad también en relación con las normas consuetudinarias existen reglas de grado superior, que serían las normas que les reconocen eficacia normativa: en el ordenamiento italiano, por ejemplo, estas normas son los artículos 1 y 8 de las «Disposiciones generales sobre la ley» del Código Civil que contemplan los «usos» entre las «fuentes del derecho» en la medida en que «remitan» a ellos las leyes y los reglamentos.

36. Por el momento paso por alto el uso de ‘constituyente’ como predicado de ‘sujeto’. En este contexto, como se verá en el capítulo VII, «no constituyente» es predicable —en virtud del postulado P13 y, en concreto, de la tesis T5.50— de las personas jurídicas, que por definición son causadas por actos (D7.6) y por ello serán llamadas «artificiales». De ello se seguirá que los sujetos constituyentes son siempre sujetos naturales, es decir, no causados por actos (T7.58), y nunca personas jurídicas o artificiales (T7.57).

VI

LAS SITUACIONES

6.1. *Las situaciones jurídicas como modalidades o expectativas de actos y como significados prescriptivos*

La doctrina relativa a las situaciones jurídicas subjetivas, o sea, a las modalidades y expectativas jurídicamente relevantes, es aún más fragmentaria e inorgánica que la relativa a los actos. De hecho, los innumerables estudios y teorías dedicados a los diversos tipos de situaciones —desde la propiedad privada a las obligaciones, desde las diferentes funciones públicas a las prohibiciones penales, e incluso los diversos tipos de derechos fundamentales— no permiten perfilar una teoría general capaz de indicar con claridad los rasgos estructurales comunes a todas estas figuras y sus criterios de distinción¹. Palabras como «derecho subjetivo», «poder», «potestad», «función», «competencia», «obligación», «prohibición» y «responsabilidad» se presentan, en sus usos corrientes, en contextos y con significados tremendamente inciertos e inconstantes, debido a los diversos criterios con los que los correspondientes conceptos han sido contruidos en los diferentes ámbitos doctrinales. Por ejemplo, las figuras del derecho subjetivo y de los poderes públicos suelen elaborarse exclusivamente con referencia a su dimensión semántica, esto es, mediante connotaciones que hacen uso de términos como «voluntad», «interés» o «autoridad»; mientras que las figuras de las obligaciones, las prohibiciones y las responsabilidades suelen construirse prevalentemente con referencia a su dimensión sintáctica, esto es, mediante sus relaciones —como efectos, o como modalidades o expectativas— con otros términos teóricos como «negocio», «ilícito» y «sanción».

Esta falta de una teoría general de las situaciones deriva en gran medida de la ausencia de una teoría general de los actos jurídicos. La definición de ‘acto’, realizada en el capítulo precedente mediante la extensión del concepto de ‘causa’ a toda la fenomenología del derecho, nos sitúa ahora en condiciones de formular una definición bastante simple de ‘*situación jurídica subjetiva*’ —o, más sencillamente, de ‘*situación*’—

idónea para identificar la estructura sintáctica propia de todos los tipos de situaciones y para determinar por lo tanto una común caracterización semántica de las mismas. En los §§ 5.2 y 5.4 se ha dicho que todas las causas (T5.3, T5.4), y consiguientemente todos los actos (T5.19, T5.22), son actuaciones de modalidades y/o de expectativas positivas o negativas. Estas modalidades y/o expectativas de actos (o de causas) son precisamente las que llamaré ‘situaciones’: prohibiciones penales y obligaciones civiles, derechos patrimoniales y derechos fundamentales, potestades familiares y funciones públicas, son todas (y sólo) modalidades o expectativas negativas o positivas caracterizadas por el hecho de que al menos una de sus posibles actuaciones —ya sea ésta un ejercicio, una obediencia, una satisfacción, o incluso una desobediencia o una violación— es un acto jurídico.

D6.1 ‘Situación’ es toda modalidad o expectativa positiva o negativa de un acto jurídico.

$(y)(SITy \equiv M(\exists x)((MODyx \vee ASPyx \vee ASPyLx) \cdot ATTx))$

Esta definición reproduce las características estructurales de las modalidades y de las expectativas deónticas expresadas por la tesis T2.2. Con la diferencia de que los objetos —o mejor, al menos uno de los objetos— de las situaciones son actos, o sea, comportamientos relevantes para el derecho como causas de efectos jurídicos: ya se trate de los actos preceptivos con los que se ejercen los poderes, de los actos de cumplimiento con los que se obedecen las obligaciones y se satisfacen los correspondientes derechos, o de los actos ilícitos que violan las prohibiciones y los eventuales derechos correspondientes. En suma, así como los actos son tipos específicos de comportamiento, las situaciones son tipos específicos de modalidades o de expectativas deónticas:

T6.1 $(y)(SITy \rightarrow (MODy \vee ASPy))$

D6.1

Una primera y elemental caracterización de las situaciones proviene, por lo tanto, del hecho de que les son aplicables todas las tesis enunciadas en la primera parte para las modalidades y las expectativas deónticas. Por eso también las situaciones se dividen en facultades, obligaciones y prohibiciones y/o en expectativas positivas y negativas (T6.2, T6.3). Todas tienen como posibles actuaciones comportamientos (T6.4 y T6.5) que, dependiendo de los casos, constituyen su ejercicio, su obediencia, su desobediencia, su satisfacción o su violación (T6.6). Si además consisten en expectativas positivas remiten siempre a una obligación correlativa (T6.7) cuya obediencia comporta su satisfacción (T6.10), y viceversa (T6.9, T6.8). Mientras que si consisten en expectativas negativas remiten a una prohibición correlativa (T6.11) cuya desobediencia constituye su violación (T6.14), y viceversa (T6.13, T6.12). Toda situación, además,

supone siempre la existencia de un sujeto al que le es imputada y/o es su titular (T6.15-T6.17).

T6.2 (y)(SITy \rightarrow (FACy v OBLy v DIVy v ASPy))	T6.1, T2.43
T6.3 (y)(SITy \rightarrow M(\exists x)(FACyx v OBLyx v DIVyx v ASPyx v ASPy \perp x))	D6.1, T2.17
T6.4 (y)(SITy \rightarrow M(\exists x)(ATZxy \cdot COMx))	D6.1, T5.16, D2.7
T6.5 (y)(SITy \rightarrow M(\exists x)ATZxy)	T6.4
T6.6 (y)(SITy \rightarrow M(\exists x)(ESExy v OTTxy v INOxy v SODxy v VIOxy))	T6.5, T2.76
T6.7 (y')(SITy' \rightarrow (x)(ASPy'x \rightarrow (\exists y'')OBLy''x))	T2.60
T6.8 (y')(SITy' \rightarrow (x)((ASPy'x \cdot SODxy') \rightarrow (\exists y'')(OTTxy'' \cdot OBLy''x)))	T2.105
T6.9 (y'')(SITy'' \rightarrow (x)(OBLy''x \rightarrow (\exists y')ASPy'x))	T2.60
T6.10 (y'')(SITy'' \rightarrow (x)((OBLy''x \cdot OTTxy'') \rightarrow (\exists y')(SODxy' \cdot ASPy'x)))	T2.105
T6.11 (y')(SITy' \rightarrow (x)(ASPy'x \rightarrow (\exists y'')DIVy''x))	T2.61
T6.12 (y')(SITy' \rightarrow (x)((ASPy' \perp x \cdot VIOxy') \rightarrow (\exists y'')(INOxy'' \cdot DIVy''x)))	T2.106
T6.13 (y'')(SITy'' \rightarrow (x)(DIVy''x \rightarrow (\exists y')ASPy' \perp x))	T2.61
T6.14 (y'')(SITy'' \rightarrow (x)((DIVy''x \cdot INOxy'') \rightarrow (\exists y')(VIOxy' \cdot ASPy' \perp x)))	T2.106
T6.15 (y)(SITy \rightarrow (\exists z)SOGzy)	T6.1, T3.3
T6.16 (y)(SITy \rightarrow (\exists z)(SOGz \cdot IMPzy))	T6.1, T3.19, T3.18
T6.17 (y)(SITy \rightarrow (\exists z)(SOGz \cdot TITzy))	T6.1, T3.13, D3.2

Finalmente, todas las situaciones consisten en significados prescriptivos (T6.18). Al tratarse de modalidades o de expectativas, y por tanto de prescripciones (T6.19), son, al igual que éstas (P6, T4.10), significados de signos preceptivos (T6.20) y, más exactamente, de los preceptos deónticos que las prescriben (T6.21).

T6.18 (y)(SITy \rightarrow (\exists x)SIGyx)	T6.1, P6
T6.19 (y)(SITy \rightarrow PRSy)	T6.1, T4.7
T6.20 (y)(SITy \rightarrow (\exists x)(SIGyx \cdot SEGx \cdot PREx))	T6.19, T4.10, T4.8
T6.21 (y)(SITy \rightarrow (\exists x)(SIGyx \cdot PDEx))	T6.1, T4.28

Mostraré más adelante, en el capítulo IX, que tales preceptos consisten en ‘decisiones’ (D9.9), de las que las situaciones representan, inmediata o mediatamente, no sólo sus significados sino también sus efectos (T9.67-9.69). Aquí interesa poner de manifiesto la estructura de las situaciones, sean modalidades o expectativas, poderes o deberes, derechos subjetivos o responsabilidades, obligaciones o prohibiciones, situaciones singulares o situaciones normativas (las que más adelante llamaré ‘normas téticas’). Todas estas figuras no tienen una referencia empírica o un significado, simplemente porque ellas mismas *son* significados: los significados prescriptivos que, como veremos en el § 9.2, los intérpretes asocian a los signos de la lengua jurídica como sus efectos, gracias a la conformidad de las formas en las que están expresados con las normas sobre su producción.

6.2. Las situaciones como relaciones de «poder ser».

El sentido del obrar jurídico

Así pues, las situaciones comparten con las demás modalidades y expectativas deónticas las condiciones de sentido y de consistencia expresadas por el uso —tanto en la definición D6.1 como en la tesis T2.2— del operador de posibilidad *M*. Este operador indica que también las situaciones son identificables no ya con el «ser» sino con el «poder ser» de sus objetos².

El rasgo específico y característico de las situaciones frente a las genéricas modalidades o expectativas consiste sin embargo en el hecho de que el objeto de este «poder ser» es siempre (al menos) un acto jurídico (T6.22-T6.24): un acto de ejercicio, de obediencia o de desobediencia del sujeto al que le son imputadas, si consisten en modalidades activas, esto es, en facultades, obligaciones o prohibiciones, o un acto de satisfacción o de violación si por el contrario consisten en expectativas pasivas, sean positivas o negativas (T6.25-T6.26). Es en esta posibilidad del acto que es actuación de las mismas en lo que residen las condiciones de sentido de los enunciados preceptivos que establecen situaciones y, al mismo tiempo, el sentido jurídico de los actos que son su objeto (T6.27). De modo que cuando la comisión o la omisión de tales actos resulte materialmente imposible no podrá hablarse propiamente de situaciones (T6.28), y los actos y los enunciados que los prescriben carecerán de sentido (T6.29).

T6.22 (y)(SITy \equiv M(\exists x)(ATZxy \cdot ATTx)) D6.1, D2.7, T5.16

T6.23 (y)(SITy \equiv M(\exists x)((MODy \vee ASPy) \cdot ATZxy \cdot ATTx)) T6.22, T6.1

T6.24 (y)(SITy \equiv M(\exists x)((MODyx \vee ASPyx \vee ASPy \perp x) \cdot ATZxy \cdot ATTx))
D6.1, T6.22, D2.7, T5.16

T6.25 (y)(SITy \equiv M(\exists x)((FACyx \vee OBLyx \vee DIVyx \vee ASPyx \vee ASPy \perp x) \cdot
ATZxy \cdot ATTx)) T6.24, T2.17

T6.26 (y)(SITy \equiv M(\exists x)(ATTx \cdot (ESExy \vee OTTxy \vee INOxy \vee SODxy \vee
VIOxy))) T6.22, T2.76

T6.27 (x')(y)((PDEX' \cdot EFFyx' \cdot SITy) \rightarrow (SIGyx' \rightarrow M(\exists x'')(ATTx'' \cdot
ATZx''y))) T6.22

T6.28 (y)(\neg M(\exists x)(ATZxy \cdot ATTx) \rightarrow \neg SITy) T6.22

T6.29 (x')(y)((PDEX' \cdot EFFyx' \cdot SITy) \rightarrow (\neg M(\exists x'')(ATTx'' \cdot ATZx''y) \rightarrow
 \neg SIGyx')) T6.27

Hemos aislado así la principal característica estructural de las situaciones, ya ampliamente ilustrada y analizada a propósito de las modalidades, las expectativas y las reglas. La dimensión deóntica (o regulativa, o de «deber ser») del derecho resulta entonces identificada, como se ha dicho desde el § 2.1, no ya con la relación de implicación, aquí llamada 'eficacia' (D5.3), entre el acto y su efecto jurídico —que como he mostrado en el § 4.3 a propósito de los preceptos y en los §§ 5.4 y 5.7 a propósito de todos los actos jurídicos es una relación en sentido lato cons-

titutiva, óntica o de «ser»—, sino con la relación de «poder ser» entre la situación y el (posible) acto que constituye la actuación de la misma y que obtiene de ella sentido jurídico. La estructura de las situaciones expresada por la definición D6.1 y por los teoremas T6.22-T6.27 postula, en efecto, la posibilidad tanto de la existencia como de la no existencia de los actos que son su actuación. Esto quiere decir que de la comisión o de la omisión de tales actos depende, como para cualquier modalidad o expectativa, no ya la existencia de las situaciones, que es la existencia de un significado deóntico y por ello de una entidad no fáctica sino normativa, sino tan sólo su *efectividad* o *inefectividad*; y que, por consiguiente, para que «exista» una situación jurídica —por ejemplo un derecho subjetivo, una obligación, una potestad pública o una prohibición penal— es por un lado necesario pero por otro suficiente no ya que exista sino simplemente que *pueda* llegar a existir el acto que es actuación de la misma.

Sobre esta fundamental caracterización deóntica se basará nuestro análisis de las situaciones jurídicas. A tal fin, también la noción de situación expresada por la definición D6.1 y por las tesis T6.22 y T6.23 será descompuesta, como ya lo fue la de acto, en dos corolarios: la tesis de que toda situación es modalidad o expectativa de actos, que son posibles actuaciones de la misma (T6.30-T6.32), y la inversa de que toda modalidad o expectativa de actos, esto es, toda figura deóntica que tenga un acto como posible actuación, es una situación jurídica (T6.33-T6.35):

T6.30 $(y)(SITy \rightarrow M(\exists x)((MODyx \vee ASPyx \vee ASPy\perp x) \cdot ATTx))$ 6.1

T6.31 $(y)(SITy \rightarrow M(\exists x)(ATZxy \cdot ATTx))$ T6.22

T6.32 $(y)(SITy \rightarrow M(\exists x)(ATZxy \cdot ATTx \cdot (MODy \vee ASPy)))$ T6.23

T6.33 $(y)(M(\exists x)((MODyx \vee ASPyx \vee ASPy\perp x) \cdot ATTx) \rightarrow SITy)$ 6.1

T6.34 $(y)(M(\exists x)(ATZxy \cdot ATTx) \rightarrow SITy)$ T6.22

T6.35 $(y)(M(\exists x)((MODy \vee ASPy) \cdot ATZxy \cdot ATTx) \rightarrow SITy)$ T6.23

Análogamente a las tesis T5.34-T5.35 y T5.36-T5.37 referentes a la noción de ‘acto’, también estas dos tesis sirven para determinar la extensión de ‘situación’ de manera distinta —más simple y más precisa— a la que es propia de los usos corrientes. La primera sirve para circunscribirla *sólo* a las modalidades y expectativas que tengan como posible actuación un acto productor de efectos jurídicos, con la consiguiente exclusión de las «meras facultades» o de los «meros deberes». La segunda, por el contrario, sirve para extenderla a *todas* las modalidades y expectativas de ese tipo, con la consiguiente inclusión de figuras usualmente excluidas de ella, como la «autonomía negocial», los distintos tipos de «legitimación activa» y el sometimiento a (o la expectativa de) sanciones en la que consiste la «responsabilidad».

6.3. *Las meras facultades y los meros deberes como figuras no consistentes en situaciones jurídicas*

Según las tesis T6.30-T6.32 toda situación tiene como posible actuación —o sea, como ejercicio, obediencia, desobediencia, violación o satisfacción— no ya un simple comportamiento sino un acto jurídico del que es modalidad o expectativa. Por ejemplo, el derecho de propiedad tiene como posible ejercicio los actos de disposición negocial —ventas, permutas, arrendamientos y similares— de la propiedad misma y como posible violación sus perturbaciones ilícitas; un derecho de crédito, al igual que el correspondiente débito, tiene como posible satisfacción el cumplimiento y como posible violación el incumplimiento; un poder público tiene como posible ejercicio una resolución autoritativa; una prohibición tiene como posible desobediencia un acto ilícito, y así sucesivamente. En suma, para que se dé una situación se requieren dos condiciones: que sean posibles, como para cualquier otra modalidad o expectativa, una o más actuaciones de la misma, y que al menos una de ellas sea un acto jurídico. En efecto, no es necesario que todas sus posibles actuaciones sean actos: no lo son, por ejemplo, porque carecen de efectos, los comportamientos de mero uso o disfrute con los que se ejerce un derecho de propiedad, o los de mera observancia de una prohibición penal. Sólo es necesario que lo sea al menos una de sus posibles actuaciones.

De esta segunda condición deriva una delimitación de la extensión del concepto de situación análoga y paralela a la establecida para el concepto de acto por la tesis T5.34. En efecto, no son ‘situaciones’ las figuras deónicas que no tienen un acto como posible actuación (T6.28): por un lado, las «meras facultades», ejercidas mediante comportamientos meramente lícitos y carentes de todo efecto jurídico; por otro, los «meros deberes», observados mediante comportamientos meramente debidos y carentes asimismo, a diferencia de los opuestos comportamientos prohibidos, de efectos jurídicos. Para que puedan configurarse como situaciones, como se dijo en los §§ 1.6 y 2.4 y como veremos mejor en los §§ 10.10, 11.6 y 14.14, las facultades o libertades positivas deben consistir, o bien en ‘derechos-facultad’ (D10.24, D.11.13), cuya violación constituya un ‘acto inválido’ o un ‘acto ilícito’, o bien en ‘derechos-potestad’ (D10.25, D.11.14), o sea, en derechos-poder cuyo ejercicio sea un ‘acto preceptivo’; mientras que los deberes, a su vez, o bien deben consistir en ‘obligaciones’, o sea, en modalidades de actos de cumplimiento, o bien deben ser contemplados como ‘prohibiciones’, o sea, como modalidades de actos ilícitos. Por lo demás, en confirmación de esta tesis, las meras facultades, a diferencia de los derechos de libertad y de autonomía, ni siquiera son producidas por actos jurídicos, lo que se requiere en cambio para todas las situaciones no constituyentes por el principio de positividad estipulado, como veremos en el § 6.6, por el postulado P11 y por las tesis T6.43-T6.47.

Hemos abandonado así la habitual identificación de las situaciones con las figuras de calificación deóntica, identificación que está basada en la centralidad tradicionalmente atribuida al concepto de «deber» como correlato del de «ilícito», definido a su vez como «presupuesto de la sanción». Tal planteamiento permite generar tipologías de las situaciones de carácter dicotómico, que comprenden junto a los deberes, como categorías negativas y residuales, todas las figuras de «no deber», incluidas las simples facultades y los meros permisos negativos³. Y admite por ello las mismas críticas formuladas en el § 5.5 a la correlativa caracterización de los actos basada únicamente en sus modos deónticos y a su conexa clasificación en «actos ilícitos», «lícitos» y «debidos». En concreto, dicho planteamiento resulta inadecuado de cara a dos finalidades. Ante todo, al caracterizar genéricamente la figura de la «facultad», no permite individualizar las situaciones de poder, como los derechos patrimoniales, los derechos de autonomía y las funciones públicas, que en virtud de dicha caracterización se confunden con las meras facultades de comportamientos meramente lícitos y carentes de efectos. En segundo lugar, al caracterizar genéricamente la figura del «deber», no permite aislar las situaciones de obligación, como las obligaciones derivadas de un contrato, que en virtud de dicha caracterización se confunden con los meros deberes de comportamientos meramente lícitos y asimismo carentes de efectos, como por ejemplo las omisiones de delitos. Además, la identificación de las situaciones únicamente con las modalidades deónticas tiene el defecto añadido de no explicar la estructura de aquellas situaciones que no consisten en modalidades activas sino en expectativas, ya sean negativas, como la libertad personal, o positivas, como los derechos de crédito, los derechos sociales a prestaciones de carácter público y la responsabilidad, que también será definida como expectativa de (o sometimiento a) sanciones. Se trata, en suma, de una caracterización inadecuada para fundar una teoría consistente de las situaciones jurídicas, en cuanto por un lado es demasiado amplia, y padece por lo tanto del mismo vicio del panjuridicismo puesto de relieve en las tipologías análogas de los actos, y por otro lado es demasiado restrictiva, pues no incluye las expectativas en las que muchas situaciones consisten.

La definición de ‘situación’ como suma lógica de modalidades y expectativas de actos jurídicos y no de meros comportamientos permitirá en cambio explicar y analizar todos los tipos de situaciones, así como diferenciarlos y clasificarlos en función de los tipos de actos de los que son modalidades o expectativas y de aquellos de los que son efectos. Al mismo tiempo permitirá identificar, en el § 6.7, los vínculos estructurales que conectan los actos y las situaciones dentro de secuencias que gobiernan su dinámica y que caracterizan, de un lado, el fenómeno (horizontal) de las transmisiones y de las sucesiones y, de otro, la estructura en grados (vertical) de los ordenamientos. De este modo resultarán caracterizables como situaciones, según tipologías paralelas a las de los actos, todas las modalidades y expectativas que son jurídicamente re-

levantes en virtud de los actos que son actuación de las mismas: desde los poderes y los deberes, que son modalidades de actos consistentes en decisiones, en cumplimientos o en actos ilícitos, hasta los derechos subjetivos, que son, dependiendo de los casos, expectativas positivas de la comisión de cumplimientos obligatorios o expectativas negativas de la omisión de lesiones ilícitas asociadas a veces a facultades de obrar, e incluso las diversas figuras de anulabilidad y de responsabilidad, que son expectativas de actos reparatorios o sancionatorios.

6.4. *La autonomía negocial y la responsabilidad como situaciones*

El segundo corolario de la noción de ‘situación’, expresado por las tesis T6.33-T6.35, enuncia la tesis —inversa a la que acaba de exponerse— de que todas las modalidades y expectativas de actos son situaciones. Dicho corolario puede descomponerse a su vez en dos corolarios, ambos bastante relevantes en el plano teórico: aquel según el cual todas las modalidades de actos son situaciones (T6.36) y aquel según el cual lo son también todas las expectativas de actos (T6.37).

T6.36 $(y)(M(\exists x)(MODy \cdot ATZ_{xy} \cdot ATT_x) \rightarrow SIT_y)$ T6.35

T6.37 $(y)(M(\exists x)(ASPy \cdot ATZ_{xy} \cdot ATT_x) \rightarrow SIT_y)$ T6.35

La tesis T6.36 permitirá identificar, dentro del ámbito de las facultades y de los imperativos, las que en el § 6.9 llamaré *situaciones activas* (D6.3) y que en el capítulo X dividiré en *poderes* y *deberes*, caracterizables unos como modalidades de actos preceptivos (D10.1) y otros como obligaciones o prohibiciones de actos jurídicos (D10.2). De acuerdo con ella, la facultad de realizar no un comportamiento meramente lícito sino un acto jurídico no es nunca una mera libertad positiva sino que es siempre una situación, y más concretamente un poder, ya se trate de una función pública —legislativa, administrativa o judicial— o de una potestad privada, como son de un lado los derechos patrimoniales y de otro los derechos civiles y políticos que en su momento llamaré ‘derechos de autonomía’. Análogamente, son situaciones de deber, y no meros deberes de simple observancia, las obligaciones de actos de cumplimiento y las prohibiciones de actos ilícitos. En suma —del mismo modo que el «acto lícito» nunca es simplemente lícito sino que es siempre un acto preceptivo o instrumental (de otro acto preceptivo) y el «acto debido (que o que no)» nunca es simplemente debido sino que es siempre, o bien un acto de cumplimiento o un acto válido, o bien un acto ilícito o un acto inválido—, tampoco las modalidades de actos son nunca simples facultades o imperativos sino que son siempre facultades o imperativos calificados como situaciones de poder o de deber a partir de los actos que son actuaciones de las mismas⁴.

La consecuencia teórica más relevante de esta tesis es la caracte-

rización como situaciones —y en concreto como (derechos-)poderes, diferenciables en ‘civiles’ y ‘políticos’— de todas las figuras de autonomía ejercitadas mediante actos preceptivos: de la autonomía privada, cuyo ejercicio es normalmente un negocio privado, y de la autonomía política, cuyo ejercicio consiste sobre todo en el voto en las elecciones. En los capítulos XI y XIV volveré de nuevo sobre estos derechos de autonomía y sobre su naturaleza de poderes. Mientras tanto interesa establecer aquí su naturaleza de situaciones jurídicas. En efecto, a veces estas figuras vienen confundidas con (o en cualquier caso superpuestas a) la capacidad de obrar, que como veremos en el próximo capítulo es en cambio un estatus de la persona que constituye el presupuesto general de su idoneidad para ser autora de actos jurídicos: no sólo de actos negociales o en cualquier caso preceptivos, que constituyen el ejercicio de derechos o de poderes, sino también de actos ilícitos, y en particular de delitos, que constituyen la desobediencia de prohibiciones. La confusión se produce por el hecho de que tales situaciones son atribuidas mediante reglas generales a todos los sujetos dotados del estatus de capaz de obrar, atribuido a su vez con carácter general cuando concurren determinados requisitos, como la mayoría de edad, la integridad mental o la ciudadanía. Sin embargo —del mismo modo que se distingue entre capacidad o imputabilidad penal y prohibiciones penales concretas, atribuidas también a todos por reglas generales—, es esencial distinguir entre la capacidad negocial y la capacidad política, de un lado, y las correspondientes situaciones de autonomía, de otro. Las capacidades son los estatus de los sujetos dotados de determinados requisitos normativos, como la mayoría de edad, la capacidad de entender y de querer, la ciudadanía y otros similares. En cambio, las situaciones de autonomía son los derechos reconocidos en virtud de tales estatus. Ambas son reglas téticas, o sea, estatus y situaciones normativas. Pero mientras que las primeras son reglas constitutivas, las segundas son reglas deónticas. Más concretamente, como se verá en los §§ 11.3-11.6, las situaciones de autonomía forman las dos clases que, junto a los *derechos de libertad* y los *derechos sociales*, componen la categoría de los ‘derechos fundamentales’: los *derechos civiles*, integrados por la autonomía negocial y por el poder de actuar en juicio, y los *derechos políticos*, integrados por la autonomía política que se realiza con el voto así como por el poder de concurrir al acceso a cargos públicos.

Igualmente importante en el plano teórico es la tesis T6.37, según la cual son situaciones las expectativas de actos que en el § 6.9 llamaré *situaciones pasivas* (D6.4). De ahí se deriva, en primer lugar, la posibilidad de una redefinición rigurosa del concepto de *derecho subjetivo* (D10.20) capaz de reflejar, en su común carácter de expectativas (negativas o positivas), el elemento estructural común a los diversos tipos de derechos. En segundo lugar, se deriva de ahí la caracterización como situaciones de las que en el capítulo X configuraré como objetos de ‘garantías secundarias’: las distintas figuras de ‘*responsabilidad*’ (T10.257),

o sea, de sometimiento a sanción por efecto de actos ilícitos, y la de la ‘anulabilidad’ (T10.256), que no es sino la expectativa de anulación consiguiente a los actos inválidos⁵.

En su momento explicaré mejor las razones de esta caracterización de las responsabilidades y de la anulabilidad como situaciones jurídicas pasivas. Aquí me limitaré a decir que ello es una consecuencia de la concepción de la ‘eficacia’ (D5.3) como la relación normativa entre un acto y su efecto y de la que más adelante llamaré ‘actuabilidad’ (D6.2) como la relación normativa entre una situación y su posible actuación. Con frecuencia, como ya he recordado, el nexo entre ilícito y sanción, expresado por la kelseniana relación de deber ser «si A, entonces B», se interpreta en el sentido de que la sanción (B) es el efecto del acto ilícito (A), o incluso de la condena a la que el juez viene obligado en presencia de un ilícito. Pero ésta es una formulación elíptica que como ya he dicho no resiste el análisis lógico. Ciertamente, el acto ilícito no tiene como efecto la sanción, que no es en absoluto un efecto, ni siquiera de la condena, sino que es una actividad, esto es, uno o más actos de tipo afflictivo o privativo; y mucho menos tiene como efecto la condena, que a su vez es ella misma un acto. Lo que se produce por efecto de un ilícito, como veremos en el § 10.15, es por el contrario la ‘responsabilidad’ de su autor, es decir, su exposición a sanciones a través de condenas: la cual no es otra cosa que una expectativa positiva que tiene como (posible) actuación la actividad judicial y luego la sancionatoria, y que, por lo tanto, siguiendo nuestra definición, es una situación (D10.36). Es además evidente que, como todas las expectativas (T2.60), también la expectativa de sanciones en la que consiste la responsabilidad está correlacionada con una obligación de otros: la obligación del juez de irrogar la condena, a la que sigue como efecto la obligación de otros sujetos de darle cumplimiento mediante la ejecución de la sanción. Como se verá en el § 9.14, un discurso análogo vale para la anulabilidad de los actos inválidos: cuyo efecto ya no es la anulación, que es a su vez un acto, sino su expectativa, o sea, la anulabilidad, a la que corresponde la obligación del juez de declarar aquélla (D9.32).

6.5. *La calificación jurídica de los actos.*

Las situaciones como sentido jurídico de los actos

A partir de las tesis de que disponemos es posible demostrar ahora dos importantes principios teóricos que enuncian dos nexos estructurales inversos entre los actos y las situaciones y simétricos de los expresados por las definiciones de unos y otras: de un lado, el nexo en virtud del cual todo acto es calificado jurídicamente por una situación; de otro, el nexo en virtud del cual toda situación, a excepción de la inicial o constituyente, es a su vez causada por un acto. A partir de este doble orden de correlaciones será posible, además, configurar las relaciones entre

actos y situaciones dentro de complejas redes y secuencias idóneas para representar toda la dinámica del derecho positivo.

Según el primero de estos dos principios, relativo a la fenomenología de los actos, todo acto supone la existencia de una situación de la que es actuación.

T6.38. *Los actos son siempre actuaciones de situaciones.*

$(x)(ATTx \rightarrow (\exists y)(ATZxy \cdot SITy))$

T5.19, D6.1

Llamo a esta tesis *principio de calificación jurídica de los actos*. De acuerdo con ella el acto es siempre objeto de una situación, sea ésta una modalidad o una expectativa: el acto *debe*, o *no debe*, o *puede* y/o *puede no ser* (realizado). Esto y no otra cosa es el sentido específicamente jurídico del *sollen* kelseniano. Desde la ley al negocio privado, desde la disposición administrativa a la sentencia, desde el acto ilícito al cumplimiento y a la sanción, todo acto supone siempre una situación —de poder o de deber y a veces, correlativamente, de expectativa negativa o positiva— de la que es actuación, o sea, ejercicio, obediencia, desobediencia, satisfacción o violación.

Es este otro de los sentidos, que se añade al ilustrado en el § 3.6, en los que puede entenderse la denominada *plenitud* de los ordenamientos y al mismo tiempo un segundo aspecto, además del expresado por el postulado P10 y por las tesis T5.7 y T5.32, del principio de *legalidad* de los actos. En efecto, el principio de plenitud en la formulación del mismo ofrecida por la tesis T6.38 quiere decir que todo acto supone no sólo una calificación deóntica, como cualquier comportamiento (P2, T2.1), sino más específicamente una calificación jurídica a partir de una situación dispuesta o predispuesta por una norma. De donde, entre otras cosas, resulta confirmada la tesis T5.38 de la no juridicidad de los comportamientos meramente lícitos: que no son actos, sino comportamientos extrajurídicos, no sólo porque carecen de efectos sino también porque, en la mayor parte de los casos, ni siquiera son actuaciones de situaciones sino sólo de meras facultades. Y de donde deriva, además, una ulterior y más completa caracterización de la noción de acto formulada por la definición D5.2 y por la tesis T5.49:

T6.39 *Todo acto es, al mismo tiempo, actuación de una situación y causa de un efecto.*

$(x)(ATTx \equiv (\exists y1)(\exists y2)(ATZxy1 \cdot SITy1 \cdot CAUxy2 \cdot EFFy2x))$

T5.29, T6.38

Pero, como se ha mostrado con la tesis T6.18, las situaciones que califican los actos no son más que significados. Por eso, decir que todo acto es calificado por una situación quiere decir que —como ya se ha indicado mediante las tesis T5.23-T5.24 y T6.27— es expresión, además

de actuación, del significado en que ésta consiste (T6.40). En otras palabras, todos los actos jurídicos *tienen el sentido jurídico* de un ejercicio, una obediencia, una desobediencia, una satisfacción o una violación de la situación de la que son actuación (T6.41). Y a la inversa, todas las situaciones *son el sentido del actuar jurídico*, o sea, los significados en los que entendemos los posibles actos que son actuaciones de las mismas (T6.42).

T6.40 $(x)(ATTx \rightarrow (\exists y)(ATZxy \cdot SIGy \cdot SITy))$	T6.38, T6.18
T6.41 $(x)(ATTx \rightarrow (\exists y)(SIGy \cdot (ESExy \vee OTTxy \vee INOxy \vee SODxy \vee VIOxy) \cdot SITy \cdot ATZxy))$	T6.40, T2.76
T6.42 $(y)(SITy \equiv (SIGy \cdot M(\exists x)(ATZxy \cdot ATTx)))$	T6.22, T6.18

Una agresión o un asesinato, por ejemplo, no son simplemente (entendidos como) deplorables actos de violencia, sino que son (calificables como, o sea, tienen el *sentido jurídico* de) actos ilícitos, y específicamente delitos, porque son (percibidos como) violaciones de las normas penales que los prevén como tales. Análogamente, una escritura en la que se ha convenido la venta de un inmueble no es (entendida como) un simple documento literario o un ejercicio didáctico, sino que es (calificable como, o sea, tiene el *sentido jurídico* de) un acto contractual porque es (entendida como) ejercicio del derecho-poder de autonomía de los contratantes que con ella se obligan, como dice el código civil, a entregar la cosa vendida tras el pago del precio convenido. Y la lectura de un veredicto de condena en una sala judicial no es (percibida como) un acto ritual o teatral, sino que es (interpretada como, es decir, tiene el *sentido jurídico* de) una sentencia penal porque es (entendida como) el ejercicio del poder-deber del juez de aplicar una sanción a quien se ha considerado responsable de un delito⁶.

Sabemos por otra parte que todas las situaciones, además de efectos, son significados de signos preceptivos (T6.20), y en concreto de esos preceptos jurídicos que en su momento identificaré con las decisiones que las producen. Por lo tanto, como se verá mejor en el capítulo IX, existen dos significados —uno por así decir ascendente y el otro descendente— de ‘significado jurídico’: en un primer significado todo acto es (inteligible como) expresión del significado de la situación de la que es actuación (T6.40-T6.42, T9.31, T9.54-T9.56); en un segundo significado esos específicos actos que son los actos preceptivos tienen como significado las prescripciones, o sea, las situaciones, los estatus o las normas de los que son causa (T6.20, T9.60-T9.61). Toda la fenomenología jurídica podrá ser consiguientemente representada, como mostraré en el § 6.7, como una red de signos y de significados (T6.50-T6.51), o sea, como un universo simbólico pragmáticamente operativo. Es a través de esta red, como veremos en la tercera parte, como se desarrolla la comunicación jurídica además de la dinámica del derecho.

6.6. *La positividad de las situaciones y el principio de legitimidad.*
El segundo postulado del positivismo jurídico

El segundo principio teórico que podemos demostrar, el que enuncia el nexo entre las situaciones y los actos que son causa de las mismas, es un teorema del postulado P11. De acuerdo con este postulado, ya enunciado en el § 5.8, todas las modalidades y las expectativas de una causa que no sean constituyentes tienen a su vez una causa y, si ellas mismas no son reglas, están previstas por reglas que tienen a su vez una causa.

$$P11 \ (y1)(M(\exists x2)((MODy1x2 \vee ASPy1x2 \vee ASPy1\perp x2) \cdot (\exists y2)CAUx2y2) \rightarrow (\neg COSy1 \rightarrow ((\exists x1)CAUx1y1 \cdot (\neg REGy1 \rightarrow (\exists r)(\exists x0)(REGry1 \cdot CAUx0r))))))$$

Esta tesis, que he llamado *segundo postulado del positivismo jurídico*, expresa el fundamento positivo de las prescripciones jurídicas, es decir, su naturaleza de efectos o «artificios» humanos. Y lo expresa porque identifica al mismo tiempo —por lo que afirma y por lo que niega— tanto lo que es fundado (o constituido) por el derecho como lo que es fundante (o constituyente) del derecho. En efecto, si es verdad, como acaba de verse, que todo acto, incluido por tanto el *constituyente*, supone una situación de la que es actuación (T6.38), podremos afirmar el carácter constituido, causado o positivo de las situaciones sin incurrir en un regreso al infinito en la medida en que se admita que al menos una de ellas —la que en el capítulo XII llamaré *poder constituyente* (D.12.1)— no es constituida sino constituyente. Análogamente, como mostraré en el próximo capítulo, si es verdad que todo acto, incluido de nuevo el constituyente, es creado por un sujeto (T5.25), podrá afirmarse que algunos sujetos que llamaré *personas artificiales* —el primero entre todos ese particular «hombre artificial que llamamos Estado»⁷— son constituidos o causados por actos en la medida en que se demuestre, como se hará con la tesis T7.58, que los sujetos no constituidos sino constituyentes son en cambio *sujetos naturales*, es decir, no causados por ningún acto. Son precisamente estos sujetos naturales —los hombres y mujeres de carne y hueso, que son los únicos que, en virtud del postulado P12 que llamaré «tercer postulado del positivismo jurídico», están en condiciones de actuar— el fundamento natural de ese artificio que es el derecho positivo.

Obviamos por el momento las personas y su distinción en ‘naturales’ y ‘artificiales’, que introduciré en el § 7.2. Sabemos por el postulado P11 que las modalidades y las expectativas de una causa, es decir, de un acto, cuando no son constituyentes suponen a su vez una causa y además, si ellas mismas no son reglas, una regla que las predispone y que tiene a su vez una causa. Sabemos también que tales modalidades y expectativas no son, por definición (D6.1), otra cosa que las situaciones; y que además, de acuerdo con el postulado P13, lo que es efecto de una causa no es nunca constituyente (T5.50, T5.51). De donde se deriva, como por lo demás

ya se ha dicho en términos distintos con las tesis T5.44 y T5.45, que todas las situaciones suponen una causa si y sólo si no son constituyentes (T6.43); que, por lo tanto, mientras que la situación constituyente carece de causa (T6.44), las situaciones no constituyentes son siempre causadas por actos de los que son efectos (T6.45); que éstas, además, o son reglas, o son predisuestas por reglas causadas o constituidas a su vez por actos (T6.46); que, en fin, análoga y paralelamente a cuanto se ha hecho para los actos con la tesis T6.39, podemos formular también una ulterior caracterización de las situaciones no constituyentes más completa que la ofrecida por la definición D6.1 y por la tesis T6.22: cada una de tales situaciones es efecto de un acto y, al mismo tiempo, modalidad o expectativa positiva o negativa de actos subordinados al primero (T6.47).

T6.43 $(y)(SITy \rightarrow ((\exists x)CAUxy \equiv \neg COSy))$ P11, D6.1, T5.30, T5.50

T6.44 $(y)((SITy \cdot COSy) \rightarrow \neg(\exists x)(ATTx \cdot CAUxy))$ T6.43

T6.45 $(y)((SITy \cdot \neg COSy) \rightarrow (\exists x)(CAUxy \cdot ATTx \cdot EFFyx))$ T6.43, T5.30, D5.1

T6.46 $(y)((SITy \cdot \neg COSy) \rightarrow (REGy \vee (\exists r)(\exists x)(REGry \cdot CAUxr \cdot ATTx)))$ P11, D6.1, T5.30

T6.47 $(y)((SITy \cdot \neg COSy) \equiv ((\exists x1)(ATTx1 \cdot EFFyx1) \cdot M(\exists x2)((MODyx2 \vee ASPyx2 \vee ASPy\perp x2) \cdot ATTx2)))$ D6.1, T6.45

Llamo a este conjunto de tesis *principio de positividad de las situaciones*. Está claro que tal principio, en virtud de la doble tesis expresada por la T6.43, vale para todas las situaciones no constituyentes, que por eso podemos llamar *positivas*, del mismo modo que no vale para las constituyentes. En efecto, una vez establecido a partir de la definición de ‘situación’ y del postulado P2 que todos los actos son actuaciones de situaciones (T6.38), y desarrollada de este modo la opción anunciada al final del § 5.9 —si se quiere evitar el regreso al infinito en la cadena de los actos que son actuaciones de situaciones, de las situaciones que son efectos de actos y de las ulteriores situaciones de las que éstos son actuaciones, así como en la cadena inversa de las situaciones que son modalidades de actos, de los actos que son causa de situaciones y de los ulteriores actos de los que éstas son modalidades— será preciso admitir, por un lado, la existencia de al menos una situación inicial no «puesta» por ningún acto y por ello no efecto de ninguna causa jurídica, y a la que en el capítulo XII llamaré *poder constituyente*; y, por otro lado, la existencia de actos terminales cuyos efectos no son situaciones, es decir, modalidades o expectativas de ulteriores actos, y que consisten normalmente en *extinciones*⁸.

De acuerdo con las tesis T6.43-T6.45, todas las situaciones, incluidas aquellas que, como se dirá en el § 8.1, consisten en normas jurídicas (D8.1), y exceptuada solamente la constituyente, son por lo tanto no ya «naturales» o «a priori» sino *positivas*, es decir, puestas o causadas por actos jurídicos: normalmente por actos negociales, si son derechos

patrimoniales u obligaciones contractuales; por disposiciones públicas, sean legislativas, administrativas o judiciales, cuando consistan en potestades públicas, en prohibiciones penales o en vínculos administrativos; y por actos ilícitos si se trata de responsabilidades. Es en estas tesis en lo que se basa la naturaleza nomodinámica más bien que nomoestática del derecho positivo y el carácter normativo, ilustrado desde el § 1.3, de las tesis deónticas de la teoría del derecho. Las situaciones y las normas jurídicas no son deducidas sino *producidas*, es decir, causadas por actos como sus efectos. Por eso bien puede suceder que se dé de hecho contradicción entre ellas, aun cuando esto contraste con las tesis de la deóntica, que por consiguiente sólo tienen frente a ellas, como entonces se dijo, validez lógico-deóntica. Por lo demás, la posible contradicción, precisamente porque tiene lugar entre situaciones positivas, no compromete por sí sola la existencia de las mismas: como veremos en la parte tercera, la contradicción solamente incide, cuando se trate de situaciones de diferente grado, sobre la legitimidad de las de grado inferior y sobre la validez de los actos preceptivos por los que éstas vienen dispuestas o predisuestas.

El principio de positividad de las situaciones también remite consiguientemente al principio de legalidad: en el sentido de que las situaciones no constituyentes, como afirma la tesis T6.46, o son ellas mismas reglas (téticas) o están predisuestas por las reglas (hipotéticas) que prevén los actos que son sus causas. Como se verá mejor en el § 8.6, o bien son ellas mismas normas téticas, y como tales producidas por actos regulados a su vez por normas, o bien son situaciones, normalmente singulares, predisuestas por normas hipotéticas como efectos de los actos que prevén. En ambos casos hablaremos en su momento de *principio de legitimidad de las situaciones* (T8.72, T8.74, T8.76 y T8.78), correlativo al *principio de legalidad de los actos* que son causa de las mismas (T8.56-T8.71). Y a propósito de las situaciones prescritas por decisiones hablaremos en particular de *principio de estricta legitimidad* (T9.209, T9.212), correlativo al *principio de estricta legalidad* de las decisiones que son causa de las mismas (T9.93, T9.206). Dicho con más precisión, una situación, una norma y, en particular, un poder se dirán *legítimos* si y sólo si son producidos por un título *válido* (D9.26, T10.15), es decir, por una decisión cuyas formas sean conformes y cuyos significados sean coherentes con las normas sobre su producción (D9.17, T9.155). Diremos por lo tanto que un sujeto tiene un deber o un poder legítimo *porque* éstos le han sido impuestos o conferidos por preceptos válidos que constituyen su causa y al mismo tiempo su razón o justificación jurídica; y vincularemos la *ilegitimidad* de las situaciones y su consiguiente anulabilidad a la *invalidéz*, en relación con las normas sobre su producción, de los actos que son sus causas (T9.210, T9.213, D9.32, T9.228)⁹.

Calificación jurídica de los actos y positividad de las situaciones expresan, pues, dos relaciones basilares para el desarrollo de la teoría. Ellas añaden dos nuevos criterios de identificación y clasificación, uno para

los actos y otro para las situaciones, que se suman a los ya ofrecidos por sus definiciones: los actos no son sólo *causas* de efectos (T5.29) sino también *actuaciones* de situaciones (T6.39); las situaciones no son sólo *modalidades* o *expectativas* de actos (T6.30) sino también, con la única excepción de la constituyente, *efectos* de actos (T6.47). Será, por lo tanto, posible caracterizar y distinguir los actos no sólo en función de las situaciones que son sus efectos sino también de las que son sus modalidades o expectativas; y las situaciones no sólo en función de los actos que pueden ser sus actuaciones sino también de los que son causa de las mismas.

Entre los dos pares de criterios no existe, sin embargo, un completo paralelismo: mientras que entre los actos y sus efectos y entre las situaciones y sus posibles actos de actuación existe equivalencia (T5.31 y T6.22), entre los actos y las situaciones que son sus modalidades o expectativas y entre las situaciones y los actos que son sus causas existe una simple implicación (T6.38, T6.45). Esto quiere decir que mientras que los efectos sólo pueden ser causados por actos (T5.37), no son actos todas las actuaciones de situaciones: por ejemplo, no lo son, porque carecen de efectos, los comportamientos de simple uso y disfrute de un bien propio, que sin embargo son ejercicio del derecho de propiedad igual que los actos que disponen de tal bien, por ejemplo, alienándolo o arrendándolo. Y mientras que las modalidades y las expectativas de los actos sólo pueden ser situaciones (T6.33), no son situaciones todos los efectos de los actos: por ejemplo, no lo son, porque carecen de ulteriores actuaciones, ni las extinciones de las obligaciones por efecto de actos de cumplimiento, ni los efectos satisfactorios de las actividades sancionatorias, ni los estatus jurídicos causados por los que llamaré ‘actos constitutivos’, ni mucho menos las lagunas y las antinomias que, como veremos en el § 10.19, son efectos de inobservancias, unas por omisión y otras por comisión, de normas sobre la producción jurídica (D10.44 y D10.43).

6.7. *La red de las relaciones de grado entre actos y situaciones. Ordenamientos y sucesiones*

Si conjugamos ahora, de un lado, el principio de calificación jurídica de los actos (T6.38) y el de positividad de las situaciones (T6.45) y, de otro, las implicaciones, derivadas de las respectivas definiciones, entre las situaciones y los actos que pueden ser actuaciones de las mismas (T6.22) y entre los actos y las situaciones que pueden ser sus efectos (T5.31), obtenemos dos secuencias, una de tipo ascendente y otra de tipo descendente.

La secuencia ascendente (T6.48) es la que desde cualquier acto —sea éste un negocio, un ilícito, un cumplimiento, una ley, una sentencia o un acto administrativo— asciende a la situación de la que es actuación, y luego desde esa situación, siempre que no sea constituyente, al acto que es causa de la misma, y luego desde éste a la situación de la que es

actuación, y así sucesivamente hasta llegar a un acto inicial, y por tanto a la situación que es modalidad de éste pero que no es efecto de ningún acto porque es originaria o constituyente. La secuencia descendente (T6.49) es en cambio la que parte de la situación originaria o constituyente y —descendiendo a través del acto que es actuación de la misma, por ejemplo la aprobación de una constitución, hasta el poder legislativo que es efecto de ésta, luego a los actos legislativos que son actuaciones de éste, luego a las situaciones de poder o deber producidas por la ley, y luego a los actos que son actuaciones de éstas— llega finalmente a un efecto extintivo que no es una situación.

- T6.48 $(x3)((ATTx3 \rightarrow (\exists y2)(ATZx3y2 \cdot SITy2)) \cdot$
 $(y2)((SITy2 \cdot \neg COSy2) \rightarrow (\exists x2)(ATTx2 \cdot CAUx2y2)) \cdot$
 $(x2)((ATTx2 \rightarrow (\exists y1)(ATZx2y1 \cdot SITy1)) \cdot$
 $(y1)((SITy1 \cdot \neg COSy1) \rightarrow (\exists x1)(ATTx1 \cdot CAUx1y1)) \cdot$
 $(x1)((ATTx1 \rightarrow (\exists y0)(ATZx1y0 \cdot SITy0)) \cdot$
 $(y0)((SITy0 \cdot COSy0) \rightarrow \neg(\exists x0)(ATTx0 \cdot CAUx0y0))))))$ T6.38, T6.45, T6.44
- T6.49 $(y0)((SITy0 \cdot COSy0) \rightarrow M(\exists x1)(ATZx1y0 \cdot ATTx1)) \cdot$
 $(x1)((ATTx1 \rightarrow (\exists y1)EFFy1x1) \cdot$
 $(y1)(x1)((EFFy1x1 \cdot SITy1) \rightarrow M(\exists x2)(ATZx2y1 \cdot ATTx2)) \cdot$
 $(x2)((ATTx2 \rightarrow (\exists y2)EFFy2x2) \cdot$
 $(y2)(x2)((EFFy2x2 \cdot SITy2) \rightarrow M(\exists x3)(ATZx3y2 \cdot ATTx3)) \cdot$
 $(x3)(ATTx3 \rightarrow (\exists y3)EFFy3x3))))))$ T5.35, T6.31

Actos y situaciones, por otro lado, también están conectados entre sí —en virtud de las tesis T6.40 y T6.20 y, por otra parte, de las tesis T4.9 y T6.42—, en cuanto los primeros obtienen significado jurídico a partir de situaciones y las segundas son significados jurídicos expresados por (otros) actos. De un lado, en efecto, los actos son siempre inteligibles y calificables sobre la base de las situaciones de las que son actuaciones; de otro, las situaciones son siempre significados de actos preceptivos que a su vez obtienen legitimación y significado jurídico de las situaciones de las que son ejercicio. Por consiguiente, nuestras dos secuencias —la ascendente y la descendente— pueden ser reformuladas en términos de signos y de significados: dado un acto, existe siempre una situación de la que es actuación y de la que obtiene sentido jurídico, situación que es a su vez el significado de un acto preceptivo, que a su vez obtiene sentido jurídico de la situación de la que es actuación, que a su vez es el significado de un acto preceptivo, y así sucesivamente hasta llegar a una situación originaria (T6.50). Y a la inversa, dada una situación originaria, ésta puede ser actuada por un acto preceptivo inteligible y calificable conforme a ella, acto que a su vez expresa un significado prescriptivo, que si es una situación puede ser a su vez actuada por un acto preceptivo inteligible y calificable conforme a ella, y así sucesivamente hasta llegar a un acto cuyo efecto no es una situación (T6.51).

T6.50 $(x3)((ATTx3 \rightarrow (\exists y2)(ATZx3y2 \cdot SIGy2 \cdot SITy2)) \cdot$
 $(y2)((SITy2 \rightarrow (\exists x2)(SIGy2x2 \cdot SEGx2 \cdot PREx2)) \cdot$
 $(x2)((ATTx2 \rightarrow (\exists y1)(ATZx2y1 \cdot SIGy1 \cdot SITy1)) \cdot$
 $(y1)((SITy1 \rightarrow (\exists x1)(SIGy1x1 \cdot SEGx2 \cdot PREx1)) \cdot$
 $(x1)(ATTx1 \rightarrow (\exists y0)(ATZx1y0 \cdot SIGy0 \cdot SITy0))))))$ T6.40, T6.20

T6.51 $(y0)((SITy0 \rightarrow (SIGy0 \cdot M(\exists x1)(ATZx1y0 \cdot ATTx1)) \cdot$
 $(x1)((PREx1 \rightarrow (\exists y1)(SIGy1x1 \cdot (PRSy1 \vee REGy1))) \cdot$
 $(y1)((SITy1 \rightarrow (SIGy1 \cdot M(\exists x2)(ATZx2y1 \cdot ATTx2)) \cdot$
 $(x2)((PREx2 \rightarrow (\exists y2)(SIGy2x2 \cdot (PRSy2 \vee REGy2))) \cdot$
 $(y2)(SITy2 \rightarrow (SIGy2 \cdot M(\exists x3)(ATZx3y2 \cdot ATTx3))))))$ T6.42, T4.9

Mostraré en su momento, en el § 9.6, que los preceptos de los que las situaciones son significados son las propias decisiones de las que son efectos (D9.9). Nuestros dos pares de secuencias podrán entonces integrarse uno como connotación del otro y ambos como bases de la teoría de la vigencia y de la validez formal como conformidad (D9.16, D9.18) y de la validez sustancial como coherencia (D9.19) de los actos preceptivos con las normas, formales y sustantivas, sobre su producción. Ahora, sin embargo, con los dos pares de secuencias recién demostradas podemos configurar ya dos imágenes del derecho positivo: de un lado, como una *red* de actos que actúan situaciones y de situaciones producidas por actos, así como de actos productores de efectos y de efectos consistentes en situaciones; de otro, como un *universo lingüístico* de signos y de significados conectados entre sí por la calificación o inteligibilidad de los primeros a partir de los segundos y por la ulterior producción o expresión de los segundos por parte de los primeros.

El criterio ordenador y el elemento conectivo y unificador de nuestras secuencias residen claramente en la relación de grado definida y analizada en el § 5.8 (D5.4-D5.6); hasta el punto de que, como veremos en su momento, la unidad del sistema desaparecerá cuando las relaciones de grado, en particular dentro del sistema de las fuentes normativas, no existan, o cuando por el contrario concurren o entren en conflicto por pertenecer a una pluralidad de ordenamientos, o cuando sean en cualquier caso inciertas por no venir exactamente determinadas. Entretanto, atendiendo al *grado* que, como se ha visto, los actos y las situaciones mantienen entre sí, podemos demostrar dos ulteriores versiones de nuestras secuencias: ya sean ascendentes o descendentes, originadas a partir de un acto o a partir de una situación.

Según la secuencia ascendente, para todo acto existe otro de grado supraordenado a él (T6.52) —y al que él está subordinado (T6.53)— si existe una situación que es modalidad o expectativa del primero y efecto del segundo; y para toda situación existe otra de grado supraordenado a ella (T6.54) —y a la que ella está subordinada (T6.55)— si existe un acto que es causa de la primera y actuación de la segunda:

- T6.52 $(x2)(ATTx2 \rightarrow (x1)((\exists y)(SITy \cdot (MODyx2 \vee ASPyx2 \vee ASPy\perp x2) \cdot EFFyx1 \cdot ATTx1) \rightarrow (ATTx1 \cdot GSOx1x2)))$ D5.4, D5.1
- T6.53 $(x2)(ATTx2 \rightarrow (x1)((\exists y)(SITy \cdot (MODyx2 \vee ASPyx2 \vee ASPy\perp x2) \cdot EFFyx1 \cdot ATTx1) \rightarrow (ATTx1 \cdot GSUx2x1)))$ T6.52, T5.46
- T6.54 $(y2)(SITy2 \rightarrow (y1)((\exists x)(ATTx \cdot CAUxy2 \cdot ATZxy1 \cdot SITy1) \rightarrow (SITy1 \cdot GSOy1y2)))$ D5.5, D2.7, D5.1, T5.46
- T6.55 $(y2)(SITy2 \rightarrow (y1)((\exists x)(ATTx \cdot CAUxy2 \cdot ATZxy1 \cdot SITy1) \rightarrow (SITy1 \cdot GSUy2y1)))$ T6.54, T5.46

Según la secuencia descendente, para todo acto existe otro de grado subordinado a él (T6.56) —y al que él está supraordenado (T6.57)— si existe una situación que es efecto del primero y modalidad o expectativa del segundo; y para toda situación existe otra de grado subordinado a ella (T6.58) —y a la que ella está supraordenada (T6.59)— si existe un acto que es actuación de la primera y causa de la segunda:

- T6.56 $(x1)(ATTx1 \rightarrow (x2)((\exists y)(SITy \cdot EFFyx1 \cdot (MODyx2 \vee ASPyx2 \vee ASPy\perp x2) \cdot ATTx2) \rightarrow (ATTx2 \cdot GSUx2x1)))$ D5.4, D5.1, T5.46
- T6.57 $(x1)(ATTx1 \rightarrow (x2)((\exists y)(SITy \cdot EFFyx1 \cdot (MODyx2 \vee ASPyx2 \vee ASPy\perp x2) \cdot ATTx2) \rightarrow (ATTx2 \cdot GSOx1x2)))$ T6.56, T5.46
- T6.58 $(y1)(SITy1 \rightarrow (y2)((\exists x)(ATTx \cdot ATZxy1 \cdot CAUxy2 \cdot SITy2) \rightarrow (SITy2 \cdot GSUy2y1)))$ D5.5, D2.7, D5.1
- T6.59 $(y1)(SITy1 \rightarrow (y2)((\exists x)(ATTx \cdot ATZxy1 \cdot CAUxy2 \cdot SITy2) \rightarrow (SITy2 \cdot GSOy1y2)))$ T6.58, T5.46

Como ya he indicado en el § 5.8, todas estas secuencias admiten dos posibles interpretaciones: una vertical y otra horizontal. Si se las interpreta en sentido *vertical* es fácil reconocer en ellas el modelo kelseniano de la estructura gradual y nomodinámica de los *ordenamientos* jurídicos complejos. En efecto, en este sentido dichas secuencias son idóneas para representar la jerarquía de las fuentes de los actuales *estados constitucionales de derecho* articulada en varios niveles normativos: la cual tiene origen en el poder constituyente y en la constitución que es actuación del mismo, continúa a través de los derechos fundamentales y las funciones legislativas y ejecutivas instituidas por ella, prosigue con las disposiciones legislativas y administrativas que son ejercicio de éstas y que están vinculadas por aquéllos, por lo tanto con las situaciones que son sus efectos, hasta llegar, posiblemente tras otros actos y situaciones, a un acto que cierra la secuencia con un efecto que no es una situación. No obstante, nuestras secuencias son puramente formales y por ello políticamente neutrales, siendo también satisfechas por interpretaciones referidas a sistemas jurídicos estructuralmente más elementales: como los sistemas autocráticos basados en el principio *rex facit legem*, donde el poder constituyente se identifica con la voluntad constitucionalmente ilimitada del soberano, según la clásica máxima *quod principi placuit legis habet vigorem*, y las normas y situaciones subordinadas con los efectos de los actos que son ejercicio de aquél.

Interpretadas en sentido *horizontal*, esas mismas secuencias representan en cambio el fenómeno de las *sucesiones* y de las transacciones en el *mercado*: que arrancan igualmente de una adquisición a título originario y continúan, a través de una serie indefinida de actos de disposición y de situaciones de poder y de deber producidas por éstos como sus efectos, hasta un acto conclusivo que produce, como en la secuencia vertical, un efecto que no es una situación. Por lo demás, las dos secuencias están conectadas entre sí, estando la segunda subordinada a la primera: el título originario de la secuencia transmisoria, en efecto, es siempre a su vez, como veremos en su momento, (no constituyente sino) hipotéticamente previsto por la ley, y obtiene de ella, y a través de ella de la constitución, sentido jurídico y legitimidad. Desde cualquier punto de la red, por lo tanto, recorriendo horizontal o verticalmente las secuencias de los actos y de las situaciones, se puede retornar al centro (o al vértice) o descender de nuevo a los márgenes (o al fondo) del sistema. Y en la medida en que la red no tenga desmalladuras podrán fundarse en ella, como se verá en los §§ 6.10, 8.7 y 12.12, los principios normativos de la unidad, la coherencia y la plenitud del sistema.

En todo caso, todas las secuencias —ascendentes y descendentes, contempladas a partir de los actos o a partir de las situaciones— tienen necesariamente un inicio y un final. Puesto que todo acto es actuación de una situación (T6.38), en el origen de las secuencias descendentes y al final de las secuencias ascendentes hay siempre una situación constituyente que no es efecto de ningún acto. Y viceversa, puesto que toda situación es modalidad o expectativa de un posible acto (T6.30), al final de la progresión descendente y al inicio de la ascendente hay siempre, o bien una situación inactuada, o bien un acto cuyo efecto no es una situación y por consiguiente no puede ser actuado por ulteriores actos: por ejemplo, el cumplimiento de una obligación o la ejecución de una sanción. En suma, en cualquier dirección que se la mire, la secuencia de los actos y de las situaciones comienza con una situación que no es un efecto y termina con un efecto que no es una situación o con una situación que permanece inefectiva. Por consiguiente no sólo, como se dijo en el § 5.9, *ex facto oritur ius*. Puede añadirse también que *ad factum pervenit ius*. Lo que deberemos hacer dentro de poco es identificar y analizar, por un lado, la situación originaria o constituyente, cuyo título no es jurídico sino de hecho, y, por otro, los actos productores de efectos finales, a un tiempo jurídicos y de hecho.

6.8. La actuabilidad de las situaciones.

Las situaciones como figuras moleculares

Retomando el análisis estructural de las situaciones introduzco ahora un nuevo término —‘actuabilidad’— para designar la conexión normativa consistente en la idoneidad de una situación jurídica, en virtud de la regla que la prevé, para ser actuada por un acto:

D6.2 *'Actuable' es la situación a la cual la regla que la prevé conecta un acto como posible actuación.*

$$(y)(ATBy \equiv ((\exists r)REGry \rightarrow M(\exists r)(\exists x)(REGrx \cdot ATZxy \cdot ATTx \cdot SITy)))$$

Como es evidente se trata de una noción análoga y simétrica a la de 'eficacia' estipulada en la definición D5.3. Por lo tanto, paralelamente a cuanto se dijo de la eficacia de los actos con las tesis T5.41 y T5.43, también a propósito de las situaciones, que son modalidades o expectativas que tienen al menos un acto como posible actuación (T6.22), puede demostrarse que la actuabilidad es una característica o dimensión necesaria de las mismas (T6.60): decir que una situación es actuable equivale, en efecto, a decir que puede ser actuada por un acto (T6.61). La no actuabilidad de una situación, al equivaler a la imposibilidad del acto que es actuación de la misma (D6.1), comportaría su inexistencia (T6.28-T6.29) por ausencia, como se dijo en los §§ 2.1 y 6.2, de sus propias condiciones de sentido.

$$\begin{array}{ll} \text{T6.60 } (y)(SITy \rightarrow ATBy) & \text{D6.2, P13, T5.8, T5.30, T6.24} \\ \text{T6.61 } (y)(SITy \rightarrow (ATBy \equiv M(\exists x)(ATZxy \cdot ATTx))) & \text{T6.22, T6.60} \end{array}$$

Como ya se ha observado en los §§ 6.1 y 6.3, el hecho de que la actuabilidad consista en la posibilidad de las situaciones de ser actuadas por actos no impide que una situación también pueda tener como actuaciones comportamientos que no son actos (T6.4): un derecho patrimonial, por ejemplo, puede ser ejercido, además de con actos de disposición o de intercambio, también con meros comportamientos de uso y disfrute; y una prohibición penal, además de desobedecida mediante actos ilícitos, también puede ser obedecida mediante comportamientos meramente debidos. Es interesante poner de relieve que esta posibilidad de actuaciones consistentes en meros comportamientos es un rasgo estructural de las prohibiciones y de los derechos subjetivos que llamaré 'derechos-facultad' por consistir (también) en facultades (D10.24, D11.13). En cambio, no lo es de las obligaciones, dado que tanto sus cumplimientos como sus incumplimientos son actos, y tampoco lo es de los derechos de autonomía y de las funciones públicas, cuyo ejercicio nunca es un simple comportamiento sino que es siempre un acto formal productor de efectos.

Hay además un segundo factor de complejidad de la actuabilidad de las situaciones. Todas las situaciones que en el próximo capítulo llamaré 'normativas', o más simplemente 'normas (deónticas)', son actuables, gracias a la cuantificación universal a la que, en cuanto reglas, están sometidos sus objetos, no ya por un único acto sino por una clase o tipo de actos: los derechos de libertad, por ejemplo, pueden ser ejercidos por una pluralidad indeterminada de comportamientos lícitos; las prohibiciones derivadas de normas penales son violables por una clase indefini-

da de delitos; las funciones públicas, a su vez, son ejercidas por la clase de las disposiciones que forman parte de la esfera de competencias de sus titulares. Distinta es la actuabilidad de las situaciones patrimoniales: las obligaciones y los derechos de crédito siempre son actuados por un acto, ya sea de cumplimiento o de incumplimiento; mientras que los derechos reales, y típicamente la propiedad, pueden ser ejercidos por varios comportamientos de disfrute pero por una clase limitada de actos de disposición. Y ésta, como veremos en el § 11.7, es una de las diferencias estructurales entre los derechos y los deberes patrimoniales, que pueden ser extinguidos o modificados por los actos que son ejercicio u obediencia de los mismos, y la mayor parte de las demás situaciones —desde los derechos fundamentales a las funciones públicas y a las prohibiciones penales— que en cambio nunca resultan alteradas por sus actuaciones.

Finalmente, el tercer factor de complejidad de la actuabilidad lo constituye el hecho de que las situaciones incluyen normalmente varias modalidades y/o expectativas. El ejemplo emblemático lo ofrece el derecho real de propiedad, que incluye *a*) una mera facultad (de meros comportamientos de uso o disfrute del bien que constituye su objeto), *b*) un poder (de venta o de otras formas de disposición del mismo bien), *c*) una expectativa negativa (de que no sea perturbado su disfrute por parte de terceros) y *d*) una expectativa positiva (de reintegro en caso de perturbación). Pero lo mismo puede decirse de los derechos de crédito, que no son sólo expectativas positivas (del pago del débito) sino también modalidades de actos (y más exactamente poderes) de disposición de sí mismas. Y también las funciones públicas son normalmente descomponibles en varios poderes y deberes; si bien en estos casos no siempre es fácil establecer si estamos ante situaciones que incluyen varias modalidades o ante una pluralidad de situaciones distintas.

Todo esto permite configurar las situaciones como figuras normalmente complejas o compuestas. Las propias obligaciones de débito, que son sin duda las situaciones más simples porque consisten en modalidades que se extinguen con el pago, admiten como actuaciones, según que se las contemple como obligaciones o como prohibiciones, dos tipos de actos: el cumplimiento (u obediencia) y el incumplimiento (o desobediencia). Derechos y poderes, además, se componen casi siempre de varias modalidades o expectativas, actuadas cada una de ellas por una pluralidad de actos. En suma, las modalidades y las expectativas, como ya se indicó en el § 2.3, pueden ser concebidas como *figuras atómicas*; mientras que las situaciones son casi siempre *figuras moleculares*, formadas normalmente por varias modalidades o expectativas: facultades, poderes, derechos, cargas y expectativas positivas o negativas¹⁰.

Por lo tanto, análoga y paralelamente a cuanto se ha dicho para la eficacia de los actos con la tesis T5.43', también de la actuabilidad puede ofrecerse una representación cuantitativa idónea para identificar analíticamente, con el auxilio de cuantificadores existenciales numerados, la

pluralidad y variedad de las modalidades y expectativas atómicas que componen cada situación y de los distintos actos que son sus posibles actuaciones:

$$\begin{array}{rcc}
 & y1 & y1 & y1 \\
 & y2 & y2 & y2 \\
 & y3 & y3 & y3 \\
 T6.61' (y^{1-n})(SITy1^{-n} \rightarrow (ATBy1^{-n} \equiv \\
 & M(\exists x)(ATZxy4 \cdot (MODy4 \vee ASPy4) \cdot ATTx4))) \\
 & y5 & y5 & y5 \\
 & \cdot & \cdot & \cdot \\
 & \cdot & \cdot & \cdot \\
 & y^n & y^n & y^n
 \end{array}$$

Añado que esta complejidad estructural es comprobable no sólo en las relaciones descendentes expresadas por las tesis T5.43' y T6.61', sino también en las relaciones ascendentes entre actos y situaciones enunciadas por las tesis T6.38 y T6.45. Los actos no sólo admiten una pluralidad de efectos, sino que pueden ser actuaciones de una pluralidad de situaciones: el pago de una deuda, por ejemplo, es obediencia de una obligación del deudor y al mismo tiempo satisfacción del correlativo derecho del acreedor; una venta es ejercicio del derecho de propiedad y a la vez del derecho civil a disponer de los bienes en propiedad; el acto de un representante, como veremos más adelante (T7.70), es ejercicio de las funciones de representación de las que él es titular y también de las situaciones jurídicas del representado actuadas por el representante en nombre y por cuenta de aquél. Por otro lado, las situaciones no sólo admiten una pluralidad de actuaciones, sino que pueden ser efecto de una pluralidad de actos concatenados entre sí: es el caso de las situaciones producidas por actos preceptivos, que, como veremos casi siempre, están compuestos de varios actos, como, por ejemplo, la propuesta y aceptación de un contrato por las partes, o los múltiples y variados actos instrumentales de que se compone el «procedimiento» requerido para la formación de una disposición pública (T9.64).

Es claro que tal estructura de los actos y de las situaciones incrementa enormemente la complejidad de las secuencias representadas en el párrafo precedente, que adoptan la forma, más que de simples cadenas o progresiones unidimensionales, de complicadas redes o tramas normativas de carácter pluridimensional en constante desarrollo y transformación.

6.9. Situaciones activas y situaciones pasivas. Las garantías jurídicas

A partir del análisis estructural de las relaciones de eficacia y de actuabilidad desarrollaré en la tercera parte dos tipologías paralelas: de las situaciones (atendiendo a los actos que son su actuación y a los que son

su causa) y de los actos (atendiendo a los efectos que producen y a las situaciones que son sus modalidades o expectativas). Existe sin embargo una distinción elemental, sugerida por la propia definición de ‘situación’, que puede ser hecha inmediatamente y que permitirá, desde el próximo capítulo, definir y analizar el concepto de ‘relación jurídica’: puesto que todas las situaciones son o bien modalidades o bien expectativas de actos jurídicos (D6.1, T6.23), llamaré ‘*situaciones activas*’ a las consistentes en modalidades y ‘*situaciones pasivas*’ a las consistentes en expectativas, sean éstas positivas o negativas.

D6.3 ‘*Situación activa*’ es toda modalidad de un acto.

$$(y)(SIAy \equiv M(\exists x)(MODyx \cdot ATT_x))$$

D6.4 ‘*Situación pasiva*’ es toda expectativa positiva o negativa de un acto.

$$(y)(SIPy \equiv M(\exists x)((ASPyx \vee ASPy\neg x) \cdot ATT_x))$$

Se trata, obviamente, de una distinción exhaustiva (T6.62) resultante de la descomposición de la suma expresada por la definición de ‘situación’ formulada por la D6.1. Ahora bien, sabemos que ‘modalidad’ equivale a su vez a la suma de facultad, obligación y prohibición (T2.17); y ‘expectativa positiva’ y ‘expectativa negativa’ postulan la existencia de obligaciones y prohibiciones (T2.60, T2.61) de otros sujetos (T3.31, T3.33) de los que depende su actuación. Por lo tanto, son activas todas las situaciones consistentes en la *facultas*, en la *obligatio* o en la *prohibitio agendi* (T6.63), como los poderes, las obligaciones, las cargas y las prohibiciones. Son pasivas todas las consistentes en *expectativas positivas* o *negativas*, como los derechos de crédito, las distintas formas de libertad negativa y de inmunidad y las diferentes figuras de responsabilidad, o sea, de sometimiento a sanciones, a las que corresponden siempre obligaciones o prohibiciones de otros sujetos (T6.64). Son tanto activos como pasivos gran parte de los derechos subjetivos, que incluyen tanto facultades de actuar como inmunidades frente a lesiones o actos impositivos de terceros¹¹.

$$T6.62 (y)(SITy \equiv (SIAy \vee SIPy)) \quad D6.1, D6.3, D6.4$$

$$T6.63 (y)(SIAy \equiv M(\exists x)((FACyx \vee OBLyx \vee DIVyx) \cdot ATT_x)) \quad D6.3, T2.17$$

$$T6.64 (y')(SIPy' \equiv M(\exists x)((ASPy'x \vee ASPy'\neg x) \cdot ATT_x \cdot (\exists y'')(OBLy''x \vee DIVy''x))) \quad D6.4, T2.60, T2.61$$

De ahí se deriva una importante precisión, por lo demás ya implícita en el postulado P2, del principio de la calificación jurídica de los actos expresado por la T6.38: todo acto es siempre actuación de una situación activa (T6.65). En efecto, incluso cuando el acto es satisfacción o violación de una expectativa de otros, o sea, de una situación pasiva, es también obediencia o desobediencia de la obligación o de la prohibición

—y por tanto de la situación activa— correspondiente a dicha expectativa: el pago de un crédito, por ejemplo, es también cumplimiento del correspondiente débito; la satisfacción del derecho a la asistencia sanitaria es también obediencia de las obligaciones de las prestaciones correspondientes.

T6.65 $(x)(ATTx \rightarrow (\exists y)(ATZxy \cdot SIAy))$

T5.19, D6.3

Es claro que la principal diferencia entre situaciones activas y situaciones pasivas consiste en el hecho de que las primeras son actuadas mediante actos realizados por sus propios titulares mientras que las segundas lo son mediante actos realizados por sujetos distintos, que tienen la obligación o la prohibición de hacerlo en beneficio o en perjuicio de los primeros. Precisamente por eso —porque la satisfacción y la no violación de las situaciones pasivas se confían a la obediencia de las activas— existe entre ellas una relación de recíproca implicación (T6.66-T6.67) que, como se ha visto con carácter general en el § 3.5 a propósito de las relaciones entre modalidades y expectativas, hace de las situaciones activas la *garantía* de las pasivas. En concreto, las situaciones de obligación son las garantías de las situaciones consistentes en expectativas positivas (T6.68 y T6.70) y las situaciones de prohibición lo son de las consistentes en expectativas negativas (T6.69 y T6.71). Y existe entre los sujetos a los que se imputan unas y otras una *relación deóntica* (T6.72-T6.73) que en el § 7.6, cuando disponga del concepto de ‘sujeto jurídico’, llamaré ‘relación jurídica’ (D7.11).

T6.66 $(x)((\exists z)(\exists y')(IMPz'y' \cdot SIPy' \cdot ASPy'x \cdot ATTx) \equiv (\exists z'')(\exists y'')(IMPz''y'' \cdot SIAy'' \cdot OBLy''x \cdot ATTx))$ D6.3, D6.4, T3.28, T2.17

T6.67 $(x)((\exists z'')(\exists y'')(IMPz''y'' \cdot SIPy' \cdot ASPy'\perp x \cdot ATTx) \equiv (\exists z'')(\exists y'')(IMPz''y'' \cdot SIAy'' \cdot DIVy''x \cdot ATTx))$ D6.3, D6.4, T3.29, T2.17

T6.68 $(y'')(x)((SIAy'' \cdot OBLy''x \cdot ATTx) \rightarrow (\exists y')(GARy''y' \cdot SIPy' \cdot ASPy'x))$
T2.60, D3.5, D6.4

T6.69 $(y'')(x)((SIAy'' \cdot DIVy''x \cdot ATTx) \rightarrow (\exists y')(GARy''y' \cdot SIPy' \cdot ASPy'\perp x))$
T2.61, T3.35, D6.4

T6.70 $(y')(x)((SIPy' \cdot ASPy'x \cdot ATTx) \rightarrow (\exists y'')(GARy''y' \cdot SIAy'' \cdot OBLy''x))$
T2.60, D3.5, T2.17, D6.3

T6.71 $(y')(x)((SIPy' \cdot ASPy'\perp x \cdot ATTx) \rightarrow (\exists y'')(GARy''y' \cdot SIAy'' \cdot DIVy''x))$
T2.61, T3.35, T2.17, D6.3

T6.72 $(x)(z)((\exists y')(SOGz' \cdot IMPz'y' \cdot SIPy' \cdot (SPy'x \vee ASPy'\perp x) \cdot ATTx) \rightarrow (\exists z'')(\exists y'')(RADz''z'' \cdot SOGz'' \cdot IMPz''y'' \cdot SIAy'' \cdot (OBLy''x \vee DIVy''x) \cdot ATTx))$
T3.31, T3.33, D6.3, T2.17, T3.18

T6.73 $(x)(z'')(\exists y'')(SOGz'' \cdot IMPz''y'' \cdot SIAy'' \cdot (OBLy''x \vee DIVy''x) \cdot ATTx) \rightarrow (\exists z'')(\exists y')(RADz''z'' \cdot SOGz'' \cdot IMPz''y'' \cdot SIPy' \cdot (SPy'x \vee ASPy'\perp x) \cdot ATTx))$
T3.32, T3.34, D6.4, T3.18

Por otro lado, la distinción entre situaciones activas y situaciones pasivas no es una distinción tipológica de tipo dicotómico: las situaciones,

repito, son normalmente figuras moleculares que pueden ser al mismo tiempo activas y pasivas, pues pueden incluir tanto modalidades como expectativas. Se trata por el contrario de una distinción disyuntiva entre dos figuras atómicas que resultan útiles para el análisis y la descripción de los múltiples contenidos de las distintas situaciones, reconducibles todos a una y/o a otra. Existen, es cierto, situaciones sólo activas o sólo pasivas: como las prohibiciones penales, que son situaciones sólo activas dado que consisten únicamente en prohibiciones; o la libertad personal, que es una situación sólo pasiva porque consiste únicamente en la expectativa (negativa) de la inmunidad frente a coacciones o restricciones; o los derechos sociales (a la asistencia sanitaria, a la educación y similares), que son igualmente situaciones sólo pasivas consistentes en expectativas positivas de prestaciones públicas. Los derechos subjetivos, sin embargo, son prevalentemente situaciones complejas, tanto activas como pasivas: como el derecho de propiedad, que como se ha dicho varias veces es una situación activa consistente en la facultad de disponer de un bien y al mismo tiempo una situación pasiva consistente en la expectativa de no impedimentos y no interferencias de terceros en su disfrute; o el derecho de actuar en juicio en garantía de los propios derechos, que es ante todo una situación activa consistente en un poder de actuar pero es también una situación pasiva consistente en la expectativa positiva de obtener una decisión justa en respuesta a la acción promovida. A veces puede no estar claro si debe hablarse de una única situación compleja o de varias situaciones diferentes: como en el caso de los derechos en materia de medio ambiente, de información y de privacidad, compuestos tanto por facultades como por expectativas negativas y positivas. Lo que importa en todos los casos es el análisis y la distinción de los diferentes significados prescriptivos expresados por cada situación, y en particular de aquellos que, por el carácter de actos y no de meros comportamientos que revisten sus actuaciones, constituyen sus elementos esenciales y distintivos.

6.10. *Situación constituyente, situaciones positivas y actos extintivos*

Estamos ahora en condiciones de formular un primer análisis suficientemente preciso de los rasgos distintivos de la situación y del acto constituyentes, de los que caracterizan a todos los demás actos y situaciones y del sistema de relaciones dentro del cual unos y otras se conectan entre sí.

En primer lugar, como resulta de los postulados P11 y P13 y de sus corolarios T6.44 y T5.53, la *situación constituyente* es aquella que no es efecto de ningún acto y está por tanto en el vértice del sistema representado por nuestras secuencias (T6.74): ya sea ejercida, como en los sistemas democráticos, por todos los asociados directamente o mediante representantes, o bien, como en los sistemas autocráticos, por limitadas oligarquías o por personas físicas concretas. Todas las demás situaciones,

que en el § 6.6 he llamado *situaciones positivas* o *constituidas*, son por el contrario efectos de actos jurídicos (T6.75) y están por tanto, directa o indirectamente, subordinadas a la constituyente a través del *acto constituyente* que es el ejercicio de la misma.

$$\begin{array}{ll} \text{T6.74 } (y)((\text{SITy} \cdot \text{COSy}) \equiv (\text{SITy} \cdot \neg(\exists x)(\text{EFFyx} \cdot \text{ATTx}))) & \text{T6.43, D5.1, T5.30} \\ \text{T6.75 } (y)((\text{SITy} \cdot \neg\text{COSy}) \equiv (\text{SITy} \cdot (\exists x)(\text{EFFyx} \cdot \text{ATTx}))) & \text{T6.74} \end{array}$$

En segundo lugar, puede demostrarse que casi todas las situaciones son producidas o positivas, y no constituyentes. Según el postulado P14, en efecto, no son constituyentes ni las expectativas ni las obligaciones ni las prohibiciones:

P14 ‘Constituyente’ no puede ser ni una expectativa positiva, ni una expectativa negativa ni una modalidad de algo cuya comisión u omisión no esté permitida.

$$(y)(\text{COSy} \rightarrow \neg M(\exists x)(\text{ASPyx} \vee \text{ASPy}\perp x \vee (\text{MODyx} \cdot (\neg \text{PERx} \vee \neg \text{PER}\perp x))))$$

De ello se deriva que las situaciones constituyentes no son ni situaciones pasivas (T6.76), ni obligaciones, ni prohibiciones (T6.77), sino situaciones activas (T6.78) y en concreto facultades (T6.79). Y al contrario, las situaciones pasivas, las obligaciones y las prohibiciones son siempre no constituyentes (T6.80), es decir, positivas, constituidas o causadas (P11) por actos como sus efectos (T6.81). No existen, en efecto, —fuera del derecho positivo, en un hipotético estado de naturaleza— derechos o deberes «naturales», sino sólo facultades no reguladas como es precisamente la constituyente. El acto constituyente a su vez, al ser actuación de una modalidad constituyente (T5.73), no puede ser ni obligatorio ni prohibido (T6.82) sino que es siempre facultativo (T6.83), de manera que los actos obligatorios y los prohibidos son siempre no constituyentes (T6.84). Por lo demás, como mostraré en el capítulo XII, situación y acto constituyente se manifiestan simultáneamente en el proceso constituyente: dentro del cual el poder constituyente es una situación de autonomía potestativa que da origen a nuestras secuencias, y con ellas a un ordenamiento jurídico, en la medida en que sea efectivamente ejercida por un acto constituyente (T12.15-T12.16).

$$\begin{array}{ll} \text{T6.76 } (y)((\text{SITy} \cdot \text{COSy}) \rightarrow \neg \text{SIPy}) & \text{P14, D6.4} \\ \text{T6.77 } (y)((\text{SITy} \cdot \text{COSy}) \rightarrow (\neg \text{OBLy} \cdot \neg \text{DIVy})) & \text{P14, T1.5, T1.4, D2.4, D2.5} \\ \text{T6.78 } (y)((\text{SITy} \cdot \text{COSy}) \rightarrow \text{SIAy}) & \text{T6.76, T6.62} \\ \text{T6.79 } (y)((\text{SITy} \cdot \text{COSy}) \rightarrow \text{FACy}) & \text{P14, T1.5, T1.4, D2.4, D2.5, T6.3} \\ \text{T6.80 } (y)((\text{SIPy} \vee (\text{SIAy} \cdot (\text{OBLy} \vee \text{DIVy}))) \rightarrow (\text{SITy} \cdot \neg \text{COSy})) & \text{T6.76, T6.77, T6.62} \\ \text{T6.81 } (y)((\text{SIPy} \vee (\text{SIAy} \cdot (\text{OBLy} \vee \text{DIVy}))) \rightarrow (\exists x)(\text{EFFyx} \cdot \text{ATTx})) & \text{T6.80, T6.75} \\ \text{T6.82 } (x)((\text{ATTx} \cdot \text{COSx}) \rightarrow (\neg \text{OBBx} \cdot \neg \text{VIE}x)) & \text{T5.73, T6.77, T6.22, D2.4, D2.5} \end{array}$$

$$\begin{array}{ll} \text{T6.83 } (x)((\text{ATT}_x \cdot \text{COS}_x) \rightarrow \text{FCO}_x) & \text{T6.82, T5.17} \\ \text{T6.84 } (x)((\text{ATT}_x \cdot (\text{OBB}_x \vee \text{VIE}_x)) \rightarrow (\text{ATT}_x \cdot \neg \text{COS}_x)) & \text{T6.82} \end{array}$$

Finalmente, puede mostrarse cómo todas las situaciones y todos los actos, sean constituyentes o no constituyentes, pueden ordenarse jerárquicamente dentro del sistema de relaciones de grado ilustrado en el § 6.7. En efecto, aunque la situación constituyente no es efecto de ningún acto (T6.74), el acto constituyente es ejercicio de la situación constituyente (T6.85), las situaciones no constituyentes son todas producidas por actos (T6.75) y los actos no constituyentes son todos actuaciones de situaciones no constituyentes (T6.86).

$$\begin{array}{ll} \text{T6.85 } (x)((\text{ATT}_x \cdot \text{COS}_x) \rightarrow (\exists y)(\text{ESE}_{xy} \cdot \text{SIT}_y \cdot \text{COS}_y)) & \text{T5.74, T6.33, T2.17} \\ \text{T6.86 } (x)((\text{ATT}_x \cdot \neg \text{COS}_x) \rightarrow (\exists y)(\text{ATZ}_{xy} \cdot \text{SIT}_y \cdot \neg \text{COS}_y)) & \\ & \text{P10, T5.30, T6.33, D2.7, T5.16, T5.50, T5.54} \end{array}$$

De lo anterior se sigue que para todo acto y para toda situación no constituyentes —es decir, para la casi totalidad de los actos y de las situaciones— existen, respectivamente, un acto y una situación supraordenados (T6.87-T6.88). Es el caso de los actos obligatorios o prohibidos (T6.89), de las situaciones pasivas, como los derechos subjetivos, y de todas las que consisten en obligaciones o prohibiciones (T6.90). Pero es sobre todo el caso de los actos que más adelante llamaré ‘formales’, en particular los actos preceptivos y las decisiones, así como de los poderes de los que son ejercicio.

$$\begin{array}{ll} \text{T6.87 } (x_2)((\text{ATT}_{x_2} \cdot \neg \text{COS}_{x_2}) \equiv (\text{ATT}_{x_2} \cdot (\exists x_1)(\text{ATT}_{x_1} \cdot \text{GSO}_{x_1x_2}))) & \\ & \text{T6.86, T6.75, T5.30, D5.4, D2.7, D5.1, T5.66} \\ \text{T6.88 } (y_2)((\text{SIT}_{y_2} \cdot \neg \text{COS}_{y_2}) \equiv (\text{SIT}_{y_2} \cdot (\exists y_1)(\text{SIT}_{y_1} \cdot \text{GSO}_{y_1y_2}))) & \\ & \text{T6.75, D5.4, D2.7, T5.22, T6.22, D5.1, T5.66} \\ \text{T6.89 } (x_2)((\text{ATT}_{x_2} \cdot (\text{OBB}_{x_2} \vee \text{VIE}_{x_2})) \rightarrow (\exists x_1)(\text{ATT}_{x_1} \cdot \text{GSO}_{x_1x_2})) & \text{T6.84, T6.87} \\ \text{T6.90 } (y_2)((\text{SIP}_{y_2} \vee (\text{SI}_{y_2} \cdot (\text{OBL}_{y_2} \vee \text{DIV}_{y_2}))) \rightarrow (\exists y_1)(\text{SIT}_{y_1} \cdot \text{GSO}_{y_1y_2})) & \text{T6.80, T6.88} \end{array}$$

Es en la subordinación, mediada por reglas, de todos estos actos y situaciones a actos y situaciones supraordenados a ellos en lo que consiste el *estado de derecho*, que no admite ni actos ni situaciones desregulados, absolutos o ilimitados. En particular, como se ha visto en el § 6.7 y como se verá mejor en el capítulo IX, esos actos formales productores de situaciones que son las decisiones, mientras que son de grado supraordenado a aquellos que son actuación de las situaciones que producen (T6.57), son de grado subordinado a aquellos que son causas de las situaciones de las que ellos son actuaciones (T6.53); y todas las situaciones, mientras que son de grado supraordenado a aquellas que son efectos de los actos que son sus actuaciones (T6.59), son de grado subordinado a aquellas de las que es actuación el acto que es causa de las mismas (T6.55). Sólo para

el acto y la situación constituyentes no existen, respectivamente, ningún acto y ninguna situación de grado supraordenado (T6.91, T6.92).

$$T6.91 \quad (x2)((ATTx2 \cdot COSx2) \equiv (ATTx2 \cdot \neg(\exists x1)(ATTx1 \cdot GSOx1x2))) \quad T6.87$$

$$T6.92 \quad (y2)((SITy2 \cdot COSy2) \equiv (SITy2 \cdot \neg(\exists y1)(SITy1 \cdot GSOy1y2))) \quad T6.88$$

Por otra parte, mientras que ascendiendo en nuestras secuencias podemos decir que para todo acto —salvo para el constituyente— existe siempre un acto supraordenado, al efectuar el recorrido opuesto no estamos en condiciones de establecer en el plano teórico si existe o no existe, y menos aún si ha sido válidamente producido, un acto subordinado, pues tal existencia depende de la actuación, que es siempre sólo posible, de la situación que es su efecto. Por la misma razón no podemos afirmar que para toda situación no constituyente existe siempre —además de una situación de grado supraordenado— una situación de grado subordinado, pues tal existencia depende también de la comisión, que es siempre sólo posible, del acto que es actuación de una y causa de la otra. En suma, sólo para las secuencias ascendentes, que miran al pasado, puede afirmarse con certeza la existencia de actos y de situaciones supraordenados a los no constituyentes. Para las secuencias descendentes, que están orientadas hacia el futuro, la existencia de actos o situaciones subordinados sólo puede afirmarse como posible.

Fundaré sobre estas secuencias, ordenadas por la relación de grado, las nociones de ‘vigencia’, ‘validez formal’ y ‘validez sustancial’ que en el capítulo IX definiré como observancia de las normas, formales y sustantivas, sobre la producción de los actos formales y de las decisiones de los que tales nociones se predicán. Y en los §§ 8.7 y 12.12-12.13 articularé sobre ellas el análisis de los clásicos principios de *unidad*, *coherencia* y *plenitud* de los ordenamientos complejos, que son principios normativos —*iuris tantum*, pero no *in iure*, como entonces se mostrará y como se dijo ya en el § 6 de la Introducción y después en el § 1.3— que sólo se satisfacen si la red generada por el entrelazamiento de las dos secuencias no presenta desmalladuras: ni hacia arriba (en caso de pluralidad de situaciones constituyentes, pertenecientes a ordenamientos distintos y concurrentes), ni hacia abajo (en caso de falta o irregularidad de los actos de actuación de las situaciones constituidas).

6.11. La efectividad y la ineffectividad de las situaciones

Como se ha dicho en el § 6.2, también las situaciones mantienen con los actos que son actuación de las mismas la relación (no de «ser» sino) de «poder ser» ilustrada con carácter general en el § 2.1 a propósito de las modalidades y de las expectativas deónticas. En efecto, las situaciones implican no ya la existencia (o el acaecimiento) sino sólo la posibilidad de existencia (o de acaecimiento) de los actos que son actuación de las

mismas (T6.30, T6.31). Esta posibilidad deóntica que más arriba he llamado ‘actuabilidad’ (D6.2) no es otra cosa que el significado prescriptivo de las situaciones; hasta el punto, se ha dicho, de que si esta posibilidad no existe y los actos que constituyen su objeto son materialmente imposibles (T6.28, T6.29), no puede hablarse de situaciones, o debe hablarse de ellas como de situaciones carentes de sentido. Por consiguiente, también las situaciones, como todas las modalidades y las expectativas, pueden ser *efectivas* o *inefectivas* (T6.93, T6.94), dependiendo de su contingente actuación o no actuación.

T6.93 $(y)(SITy \rightarrow (ETTy \equiv \neg INEy))$

T6.1, T2.119

T6.94 $(y)(SITy \rightarrow (ETTy \vee INEy))$

T6.1, T2.120

En concreto, como se dijo a propósito de las genéricas modalidades y expectativas, la efectividad de las situaciones depende de la realización de los actos que son actuación de las mismas cuando éstas consistan en facultades, obligaciones o expectativas positivas, y de su omisión cuando consistan en cambio en prohibiciones o expectativas negativas (T6.95). La ineffectividad, por el contrario, depende de la omisión de aquellos mismos actos en el primer caso y de su realización en el segundo (T6.96).

T6.95 *Las situaciones consistentes en facultades, en obligaciones o en expectativas positivas son efectivas si y sólo si tiene lugar su actuación e ineffectivas en caso contrario.*

$(y)(M(\exists x)((SITy \cdot (FACyx \vee OBLyx \vee ASPyx)) \rightarrow$
 $((ETTy \equiv (\exists x)ATZxy) \cdot (INEy \equiv \neg(\exists x)ATZxy)))$

D2.13

T6.96 *Las situaciones consistentes en prohibiciones o en expectativas negativas son efectivas si y sólo si no tiene lugar su actuación e ineffectivas en caso contrario.*

$(y)(M(\exists x)((SITy \cdot (DIVyx \vee ASPy\perp x)) \rightarrow$
 $((ETTy \equiv \neg(\exists x)ATZxy) \cdot (INEy \equiv (\exists x)ATZxy)))$

D2.14

Inversamente, diremos que la existencia de cualquier acto —y también de cualquier comportamiento en relación con las genéricas modalidades y expectativas deónticas (T2.121)— indica la efectividad de la situación de la que es actuación si ésta es una facultad, una obligación o una expectativa positiva, y su ineffectividad si es en cambio una prohibición o una expectativa negativa (T6.97). Y al contrario, la inexistencia de esos mismos actos indica la efectividad de la correspondiente situación consistente en una prohibición o en una expectativa negativa y la ineffectividad de la consistente en una facultad, una obligación o una expectativa positiva (T6.98).

T6.97	$(y)((SITy \cdot (\exists x)(ATTx \cdot ATZxy)) \rightarrow ((ETTy \equiv (FACy \vee OBLy \vee ASPy)) \cdot (INEy \equiv (DIVy \vee M(\exists x)ASPy \perp x))))$	D2.13, D2.14, T6.1, T2.43
T6.98	$(y)((SITy \cdot \neg(\exists x)(ATTx \cdot ATZxy)) \rightarrow ((ETTy \equiv (DIVy \vee M(\exists x)ASPy \perp x)) \cdot (INEy \equiv (FACy \vee OBLy \vee ASPy))))$	D2.13, D2.14, T6.1, T2.43

En particular, las situaciones que consisten en facultades, como los poderes y los derechos de libertad, son efectivas si son ejercidas (T6.99). Las que consisten en expectativas negativas, como los derechos de inmunidad, son inefectivas si son violadas (T6.100-T6.101), como también lo son, por desobediencia, las correlativas situaciones de prohibición (T6.102-T6.103). Finalmente, las situaciones consistentes en expectativas positivas, como los derechos-pretensión, son efectivas si son satisfechas (T6.104-T6.105), como también lo son, por obediencia, las correlativas situaciones de obligación (T6.106-T6.107).

T6.99	$(y)((SITy \cdot FACy) \rightarrow ((\exists x)ESExy \rightarrow ETTY))$	T2.114
T6.100	$(y)((SITy \cdot M(\exists x)ASPy \perp x) \rightarrow ((\exists x)VIOxy \rightarrow INEy))$	T2.118
T6.101	$(y')((SITy' \cdot M(\exists x)ASPy' \perp x) \rightarrow ((\exists x)(\exists y'')(VIOxy' \cdot INOxy' \cdot DIVy''x) \rightarrow INEy''))$	T2.123
T6.102	$(y)((SITy \cdot DIVy) \rightarrow ((\exists x)INOxy \rightarrow INEy))$	T2.117
T6.103	$(y')((SITy' \cdot DIVy') \rightarrow ((\exists x)(\exists y'')(INOxy' \cdot VIOxy'' \cdot ASPy'' \perp x) \rightarrow INEy''))$	T2.125
T6.104	$(y)((SITy \cdot M(\exists x)ASPyx) \rightarrow ((\exists x)SODxy \rightarrow ETTY))$	T2.116
T6.105	$(y')((SITy' \cdot M(\exists x)ASPy'x) \rightarrow ((\exists x)(\exists y'')(SODxy' \cdot OTTxy'' \cdot OBLy''x) \rightarrow ETTY''))$	T2.122
T6.106	$(y)((SITy \cdot OBLy) \rightarrow ((\exists x)OTTxy \rightarrow ETTY))$	T2.115
T6.107	$(y')((SITy' \cdot OBLy') \rightarrow ((\exists x)(\exists y'')(OTTxy'' \cdot SODxy'' \cdot ASPy''x) \rightarrow ETTY''))$	T2.124

Así pues, si lo que he llamado ‘eficacia’ (D5.3) es un atributo de los actos, la efectividad y la inefectividad son atributos de las situaciones. Tienen que ver, en efecto, no con los signos sino con los significados, cuya dimensión pragmática expresan. Además, a diferencia de la eficacia, de la actuabilidad y también de la validez y de la legitimidad de las que hablaré en el capítulo IX, que son propiedades jurídicas por así decir *a priori* o normativas, predicables y *constatables* mediante el análisis de las normas, aquéllas son propiedades *a posteriori* o factuales de las situaciones, predicables a partir del hecho contingente de sus concretas actuaciones y *constatables* mediante indagaciones empíricas sobre lo que realmente ha sucedido.

6.12. La constatación jurídica y la argumentación. La interpretación y la prueba

Hemos llegado así al análisis del concepto de *constatación*, asumido aquí como primitivo y estrechamente conectado al tema de la efectividad.

Objeto de constatación, en efecto, es siempre la ineffectividad o, al contrario, la efectividad de una situación en relación con el acto que es actuación de la misma: la desobediencia o la obediencia de una obligación o de una prohibición, la violación o la satisfacción de una expectativa, el ilegítimo o el legítimo ejercicio de una facultad.

‘Constatación’ es un concepto clave de la teoría. Precisamente porque el derecho, tal y como se manifiesta en las secuencias y redes de actos y situaciones ilustradas en los párrafos precedentes, es un mundo de signos y significados, es la constatación de unos y de otros —unas veces pacífica e incuestionada y otras dudosa y controvertida y, por ello, derivada, en cuanto objeto de conflicto, a la solución judicial— lo que permite lograr su dinámica y garantizar su efectividad. Se trata, siempre que se requiera para ello una intervención formal, de un acto, o mejor, de una actividad tendencialmente cognitiva que sin embargo, debido a su carácter siempre opinable y problemático, se presenta esencialmente como *argumentación*, de derecho o de hecho. De ahí el papel central que reviste en la fenomenología del derecho: hasta el punto de justificar la concepción, avanzada recientemente por Manuel Atienza, de todo el «derecho como argumentación»¹².

La constatación jurídica por antonomasia es obviamente la constatación judicial, que es siempre una condición de la que en el § 10.21 llamaré ‘efectividad secundaria’ o de ‘segundo grado’ (D10.51), destinada a realizarse en presencia de la que llamaré ‘inefectividad primaria’ o ‘de primer grado’ (D10.50). Como entonces se dirá, entiendo en efecto por ‘primaria’ o ‘de primer grado’ la efectividad (y la ineffectividad) de las que llamaré ‘normas primarias’ (D10.41), determinada por la obediencia (o por la desobediencia) de las obligaciones o prohibiciones dispuestas o predispuestas por ellas como garantías, igualmente ‘primarias’ (D10.39), de los correspondientes derechos. Entenderé en cambio por ‘secundaria’ o ‘de segundo grado’ la efectividad (y la ineffectividad) de las que llamaré ‘normas secundarias’ (D10.42), determinada por la obediencia (o por la desobediencia) de la obligación predispuesta por ellas, como garantía igualmente ‘secundaria’ (D10.40), de aplicar la sanción o la anulación de los actos ilícitos o inválidos que violan los derechos y las correspondientes garantías primarias y que manifiestan la ineffectividad primaria de éstas.

Tómese, por ejemplo, la propiedad privada y la garantía dispuesta para ella por la norma penal sobre el hurto: su *efectividad primaria* consiste en su no violación, o sea, en el hecho de que no es objeto de hurto, en obediencia de la norma (y de la garantía) primaria consistente en la prohibición de hurto; su *efectividad secundaria* consiste en cambio en la constatación judicial de su *inefectividad primaria*, o sea, del hurto, y en la consiguiente aplicación de la sanción prevista por la correspondiente norma (y garantía) secundaria; su *inefectividad secundaria* consiste finalmente en la impunidad del hurto, o sea, en su falta de constatación, y por tanto en la violación de sus garantías (y de las correspondientes nor-

mas) no sólo primarias sino también secundarias. Inversamente, la *efectividad* y la *inefectividad primaria* de un derecho de crédito vienen dadas la primera por su cumplimiento y la segunda por su incumplimiento; caso este último en el que su *efectividad* y su *inefectividad secundaria* vendrán dadas por la constatación o por la falta de constatación de su inefectividad primaria.

‘*Constatación*’, sin embargo, es un concepto utilizado aquí en un sentido mucho más amplio que el de ‘constatación judicial’ y también que el más genérico usado en el léxico jurídico corriente. En los usos prevalentes la expresión designa una clase específica de ‘actos preceptivos constitutivos’, en el sentido que más adelante se definirá (D9.10), caracterizada, como ha escrito Angelo Falzea, por su «efecto preclusivo», es decir, por la «preclusión de cualquier indagación [ulterior] sobre la situación jurídica antecedente»¹³: como son, típicamente, los actos de constatación procesal. Obviamente también estos actos, que bien podemos llamar «actos constitutivos de constatación» o más simplemente «actos de constatación», forman parte de la clase de las constataciones, como también forman para de ella, por el efecto preclusivo de la cosa juzgada, todas las sentencias firmes. Pero la noción de constatación adoptada aquí va mucho más allá del ámbito de los actos preceptivos. Quedan comprendidos en ella, como ahora veremos, tanto la ‘prueba’ como la ‘interpretación’, que muchas veces ni siquiera son propiamente actos jurídicos. Se trata, como afirma el postulado P15, de un concepto polivalente: dada una causa, una modalidad, una expectativa o un estatus, su constatación es también constatación de aquello sobre lo que versan tales figuras, y viceversa.

P15 *Dada una causa, o una modalidad, o una expectativa, o un estatus, su constatación es siempre, al mismo tiempo, constatación de aquello sobre lo que versa.*

$$(x)(y)((CAU_{xy} \vee MOD_{yx} \vee ASP_{yx} \vee ASP_{y\perp x} \vee STA_{yx}) \rightarrow \\ (w)(ACC_{wx} \equiv ACC_{wy}))$$

Éste es un postulado esencial para entender no sólo la fenomenología del derecho sino más en general la de todos los sistemas deónticos. De ahí se deriva en primer lugar que, dado un comportamiento, su constatación es también constatación de la modalidad por la que viene calificado, y viceversa (T6.108). En segundo lugar, con referencia a los sistemas jurídicos, se deriva de ahí que, dada la causa de una modalidad o de una expectativa positiva o negativa, o dada la modalidad o la expectativa positiva o negativa de una causa, la constatación de la/s primera/s comporta siempre la constatación de la/s segunda/s y viceversa (T6.109).

$$\begin{aligned} &T6.108 \quad (x)(COM_x \rightarrow (w)(ACC_{wx} \equiv (\exists y)(ACC_{wy} \cdot MOD_{yx}))) && P15, P2 \\ &T6.109 \quad (x')(y')(x'')(y'')(((CAU_{x'y'} \cdot (MOD_{y'x''} \vee ASP_{y'x''} \vee ASP_{y'\perp x''})) \vee \\ &\quad ((MOD_{y'x'} \vee ASP_{y'x'} \vee ASP_{y'\perp x'}) \cdot CAU_{x'y''})) \rightarrow (w)(ACC_{wx'} \equiv ACC_{wy'})) && P15 \end{aligned}$$

Esto significa que los actos jurídicos siempre se manifiestan *sub specie iuris*: en el sentido de que tales actos son contemplados como jurídicos en la medida y sólo en la medida en que se constaten y se reconozcan, de un lado, las situaciones de las que son actuación (T6.110) y, de otro, los efectos de los que son causa (T6.111). Inversamente, también las situaciones y los estatus se manifiestan en la práctica jurídica inseparablemente de los actos que los disponen y de aquello que califican: en el sentido de que son constatados y reconocidos operativamente en la medida y sólo en la medida en que se constaten y reconozcan, de un lado, los actos de los que son efectos (T6.112) y, de otro, sus efectivos objetos, es decir, los actos que son actuaciones de las primeras y los sujetos o los objetos que son calificados por los segundos (T6.113). En particular, las situaciones y los estatus consistentes en reglas téticas, es decir, en las que en el capítulo VIII llamaré ‘normas téticas’, son constatados en la medida y sólo en la medida en que se constaten sus objetos (T6.114).

T6.110 $(x)(ATTx \rightarrow (w)(ACCwx \equiv (\exists y)(ACCwy \cdot SITy \cdot ATZxy)))$

P15, D2.7, T6.38

T6.111 $(x)(ATTx \rightarrow (w)(ACCwx \equiv (\exists y)(ACCwy \cdot EFFyx)))$

P15, D5.1, T5.31

T6.112 $(y)(x)((SITy \vee STAy) \cdot EFFyx \rightarrow (w)(ACCwy \equiv (ACCwx \cdot ATTx)))$

P15, D5.1, T5.31

T6.113 $(y)(x)((SITy \cdot ATZxy \cdot ATTx) \vee (STAy \cdot (SOGx \vee OGGx) \rightarrow$

$(w)(ACCwy \equiv ACCwx))$

P15, D2.7, T5.16

T6.114 $(y)(x)(RTErx \rightarrow (w)(ACCwr \equiv ACCwx))$

P15, D4.6

En todos los casos la constatación es un acto lingüístico que puede tener cualquier objeto. Identificaré, con dos definiciones parciales y por ello incompletas, dos tipos específicos de la misma, uno relativo a los comportamientos y el otro relativo a los significados. Llararé ‘*prueba*’ a la constatación de los primeros e ‘*interpretación*’ a la constatación de los segundos.

D6.5 *Dado un comportamiento, llamo ‘prueba’ a su constatación.*

$(x)(COMx \rightarrow (w)(PRVwx \equiv ACCwx))$

D6.6 *Dado un significado, llamo ‘interpretación’ a su constatación.*

$(y)(SIGy \rightarrow (w)(INPwy \equiv ACCwy))$

Obviamente estas definiciones —igual que nuestro postulado P15 sobre la constatación— no dicen nada acerca de los criterios de la prueba o de la interpretación, o sea, de las condiciones en presencia de las cuales puede decirse que un hecho está correctamente probado y un significado es correctamente interpretado. Se limitan a afirmar que, cuando se trate de comportamientos y específicamente de actos jurídicos, decir que están *probados* equivale a decir que están constatados, es decir, que

se acepta como verdadera la tesis que afirma su comisión; mientras que si se trata de significados, sean estas situaciones, normas o más genéricamente prescripciones o reglas, decir que están *interpretados* equivale a decir que están constatados, es decir, que se acepta como verdadera la tesis que los asocia a los preceptos que los expresan. La única consecuencia que podemos extraer de aquí es que, dado un comportamiento, para que éste no resulte probado no es necesario que se constate su omisión, pues es suficiente con que no se constate su comisión (T6.115): que es precisamente el sentido del principio de la *carga de la prueba* sobre quien afirma la comisión de un determinado comportamiento.

$$T6.115 \ (x)(COMx \rightarrow (\neg(\exists w)ACCwx \rightarrow \neg(\exists w)PRVwx)) \quad D6.5$$

Como veremos en el § 12.8, nuestras dos definiciones revisten una importancia central para la teoría jurídica de la aplicación jurisdiccional de la ley. De ellas se deriva, a partir de las tesis que acaban de demostrarse, que la prueba de un acto, que bien podemos llamar *jurídica*, es la constatación del acto y simultáneamente de la situación que actúa y de los efectos que causa (T6.116). Pero sabemos que una situación es el significado del precepto que la establece (T6.20); de modo que su constatación, ya se trate de una regla, de una modalidad o de una expectativa, es también la constatación del significado en el que ella consiste, es decir, la interpretación del precepto que la establece (T6.117-T6.119). De donde se sigue otra tesis de extrema relevancia. La interpretación de una situación en relación con el acto que es actuación de la misma supone siempre la constatación, y por consiguiente la prueba, del acto mismo y viceversa (T6.120). Es lo que en el § 4.4 he llamado *interpretación operativa* porque se realiza mediante la denotación y calificación del acto probado a partir de la situación interpretada.

$$T6.116 \ (w)(x)((PRVwx \cdot ATTx) \equiv (\exists y')(\exists y'')(ACCwx \cdot ATTx \cdot ACCwy' \cdot SITy' \cdot ATZxy' \cdot ACCwy'' \cdot EFFy''x)) \quad D6.5, T6.110, T6.111, T5.16$$

$$T6.117 \ (w)(y)((ACCwy \cdot SITy) \rightarrow (\exists x)(ACCwy \cdot SIGyx \cdot PREx)) \quad T6.20$$

$$T6.118 \ (w)(y)((ACCwy \cdot SITy) \rightarrow (\exists x)(INPwy \cdot SIGyx \cdot PREx)) \quad T6.117, D6.6, T6.18$$

$$T6.119 \ (w)(y)((ACCwy \cdot (REGy \vee MODy \vee ASPy \vee STAy)) \rightarrow (\exists x)(INPwy \cdot SIGyx \cdot PREx)) \quad T4.11, D6.6$$

$$T6.120 \ (w)(x)((\exists y)(INPwy \cdot SIGyx \cdot SITy \cdot ATTx \cdot ATZxy) \equiv (PRVwx \cdot ATTx)) \quad D6.5, T6.110, T6.118, T5.16, D6.6, T6.113$$

Hemos identificado así el nexo que, en la práctica jurídica, liga la interpretación operativa y la prueba. El concepto de «interpretación operativa» será analizado mejor, junto al de ‘aplicación’ (D9.34), en los §§ 9.15 y 9.16, y se revelará esencial para la definición de ‘jurisdicción’ (D12.19). Sin embargo, podemos afirmar ya que, a diferencia de la que he llamado *interpretación doctrinal*, aquélla se orienta a la concreta calificación jurídica del acto cuya (prueba de la) comisión se afirma. De

donde resulta una ulterior característica de ‘modalidad’, de ‘expectativa’, de ‘estatus’ y de ‘regla tética’ en relación con la concreta existencia de sus objetos: en estos casos la constatación es atribución de significado a los actos preceptivos que disponen tales figuras y simultáneamente calificación jurídica de sus objetos, que precisamente se asumen probados. En suma, también en la comunicación jurídica, como en cualquier otra forma de comunicación lingüística, existe una suerte de circularidad o transitividad entre conocimiento y lenguaje, entre prueba e interpretación operativa: la prueba tiene por objeto lo que es contemplado o interpretado operativamente en el lenguaje del derecho; la interpretación operativa es la percepción como jurídicamente relevante y la denominación jurídica de lo que es objeto de prueba.

NOTAS

1. También los escasos estudios sobre las situaciones en general se caracterizan por la falta de certeza terminológica y por la heterogeneidad de los significados asociados a ‘situación jurídica’ (o ‘situación subjetiva’). Me limito a recordar V. Frosini, *Situazione giuridica*, en *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Torino, vol. XVII, 1970, pp. 468-471, que recorre los desarrollos del concepto en la doctrina jurídica del siglo pasado; A. Levi, *Teoria generale del diritto*, Cedam, Padova, 1950, cap. XV, pp. 209-217; S. Cassarino, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1956, que en la Introducción aporta un largo inventario de los diversos usos de ‘situación subjetiva’ en la doctrina actual. Véanse además: R. Latournerie, «Étude sur la classification des diverses situations juridiques»: *Revue de droit public et de la science politique* (1933), 327 ss.; G. Sperduti, *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*, Giuffrè, Milano, 1944; F. Cordero, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1956, cap. II, §§ 4-7, pp. 64-96; M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1970, vol. I, §§ 153-154, pp. 496-506 (hay trad. cast. de la 2.^a ed. it. de L. Ortega, *Derecho Administrativo* [vol. 1], INAP, Madrid, 1991); R. Nicolò, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 1 ss.; A. Falzea, «Efficacia giuridica», en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, vol. XIV, 1965, §§ 36-46, pp. 477-488; S. Pugliatti, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, I, Giuffrè, Milano, 1964; G. Alpa y M. Bessone, *Oggetti, situazioni soggettive, conformazione dei diritti*, Cedam, Padua, 1980.

2. Es en esto en lo que reside, como he recordado en la nota 3 del capítulo II, la principal diferencia entre la definición de ‘situación’ aquí propuesta y la que formulé en mi vieja *Teoria assiomaticizzata del diritto. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1970, cap. II, §§ 2 y 4, pp. 64 y 79-81.

3. De este tipo son las distinciones entre las situaciones que abarcan todo el ámbito de las modalidades: como la que se traza entre deberes (o imperativos) y libertades (o facultades); o la que se traza entre prescripciones, prohibiciones, permisos positivos y permisos negativos. También cae dentro de este tipo de distinciones la, estructuralmente más compleja, elaborada por Wesley N. Hohfeld, que igualmente se basa sólo en los modos deónticos («derecho», «deber», «privilegio», «no derecho», «poder», «sujeción», «inmunidad» e «incapacidad») y no también en la relevancia jurídica (como «causas» de efectos) de los actos

que son actuaciones de los mismos y de aquellos de los que son efectos. Cf. W. N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as applied in Legal Reasoning* [1917], trad. cast. y nota preliminar de G. R. Carrió, *Conceptos jurídicos fundamentales*, Fontamara, México, 1991. Análoga es la tipología propuesta, sobre los pasos de Hohfeld, por A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, ³1974, cap. V, pp. 197-207. Sobre los ocho conceptos fundamentales de Hohfeld y sobre las relaciones de oposición y de correlación que median entre los cuatro conceptos de las dos tétradas (una de conceptos «deónticos» y la otra de conceptos llamados «anankásticos») en las que pueden ser divididos, cf. G. M. Azzoni, «Interpretazioni di Hohfeld»: *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2 (1994), 443-488, y la amplia bibliografía a la que allí se remite.

4. Se explica así por qué en materia penal —salvo los raros casos de delitos omisivos, como la omisión de actos de oficio o la omisión de socorro—, y más en general en materia extracontractual, el deber se manifiesta como prohibición y no como obligación: el único acto de actuación del mismo que resulta relevante (o eficaz) es, en efecto, su desobediencia, y no su obediencia, respecto a la cual el deber es propiamente un «mero deber».

5. La configuración de la anulabilidad como situación pasiva por cuanto consistente en la expectativa de anulación del acto inválido que es causa de la misma (D9.32) es una tesis innovadora frente a los usos corrientes que justificaré en su momento, en el § 9.14. En cambio puede encontrarse en la doctrina, aunque sea de un modo sumario, la configuración como situación de la responsabilidad, que en el § 10.15 definiré como la expectativa de la (posible) condena a una sanción (D10.36). Véanse en este sentido R. Nicolò, «Tutela dei diritti. Artt. 2740-2899», en A. Scialoja y G. Branca (eds.), *Commentario del codice civile*, Zanichelli, Bologna, 1945, p. 3, que la caracteriza como «situación jurídica autónoma» contemplada por el código «en el libro VI entre las situaciones jurídicas instrumentales que están a caballo entre el derecho sustantivo y el derecho procesal»; A. Levi, *Teoria generale del diritto*, cit., cap. XV, p. 210, que la califica como «situación subjetiva»; F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, ³1951, § 70, pp. 169-170, que habla de ella como de una figura pasiva de «sometimiento»; E. Betti, *Teoría general de las obligaciones*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969-1970, vol. I, § II, p. 253, nota 2, según el cual «la responsabilidad es, por su mismo concepto, un estado subjetivo, una determinada *posición jurídica* de la que, precisamente por ser tal, *no puede ser investido más que un sujeto de derecho*, o sea, una persona en sentido jurídico»: más concretamente, es «la posición creada a un sujeto por la necesidad jurídica de sufrir la pérdida de un bien a título de sanción (reparación o pena) dependiente de un suceso determinado y, sobre todo, en razón de un daño que se le imputa a él» (*ibid.*, p. 254), o bien «la situación jurídica de vínculo caracterizada por el peligro de perder un bien a título de satisfacción ajena (esto es, del sujeto con quien se está vinculado) al no verificarse un suceso determinado y esperado por el otro, o por comprobarse que se ha producido un hecho temido por él» (*ibid.*, pp. 255-256); S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964, cap. II, § 1 y 4, pp. 43 y 71-78, que retoma y desarrolla la tesis de Betti vinculando la responsabilidad a la imputación de un daño ilícito. Recuérdese además la asimilación de la responsabilidad a los derechos, como objeto de adscripción, realizada por H. L. A. Hart, «L'ascrizione di responsabilità e di diritti», en *Id. Contributi all'analisi del diritto*, Giuffrè, Milano, 1964. Por lo demás, la noción aquí propuesta de 'responsabilidad' como situación pasiva, consistente en la expectativa de una (posible) condena a una sanción, es satisfecha por todos los diferentes tipos de responsabilidad, comenzando por la penal

(con referencia a la cual he justificado esta definición en *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2009, § 6.1, p. 91 y § 35.2, pp. 489-491).

6. Véase desde ahora el fragmento de Kelsen reproducido en la nota 14 del capítulo VIII.

7. La expresión es de Th. Hobbes, *Leviatán, o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Alianza, Madrid, 1989, cap. XXI, § 5: «Pero del mismo modo que los hombres, a fin de conseguir la paz y la conservación de sí mismos, han fabricado un hombre artificial al que llamamos Estado, así también han fabricado una serie de ataduras artificiales, llamadas *leyes civiles*, que los hombres mismos, mediante convenios mutuos, han prendido, por un extremo, a los labios del hombre o asamblea a los que han entregado el poder soberano, y, por el otro, a sus propios oídos»; *ibid.*, cap. XXVI, §§ 11: «Lo que constituye la ley no es esa *juris prudentia* o sabiduría de jueces subordinados, sino la razón de este hombre artificial nuestro al que llamamos Estado, y lo que él manda». Recuérdese también la imagen antropomórfica del Leviatán en el pasaje hobbesiano referido *infra* en la nota 29 del capítulo XII.

8. La idea de que los efectos de los actos son siempre situaciones está bastante difundida, y está evidentemente ligada a la noción restringida de ‘causa’ como causa negocial. Recuérdese, por ejemplo, A. E. Cammarata, «Il significato e le funzioni del fatto nell’esperienza giuridica», en *Formalismo e sapere giuridico*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 253 y A. Falzea, «Efficacia giuridica», cit., § 36, p. 477.

9. Uso, pues, el término «*legalidad*», que sin embargo no introduciré como término teórico con una definición formal, con referencia a los actos y a sus efectos; en cambio definiré ‘*legitimidad*’ e ‘*ilegitimidad*’ sólo con referencia a los efectos producidos, respectivamente, por un acto preceptivo válido (D9.26) y por un acto preceptivo inválido (D9.27) y que siempre consisten en normas, situaciones o estatus jurídicos (T9.208, T9.210).

10. Justifico de este modo el uso de los términos que designan situaciones —como ‘poder’, ‘deber’, ‘carga’, ‘derecho subjetivo’, ‘potestad’, ‘función’ y otros similares— en contextos a veces monádicos y a veces diádicos: usaré los contextos monádicos (del tipo DIRy, POTy, DOVy y similares) cuando sólo se quiera señalar el carácter molecular de una situación; usaré en cambio contextos diádicos (del tipo DIRyx, POTyx, DOVyx y similares) cuando sea necesario analizar su estructura atómica.

11. En un sentido completamente diferente la distinción es realizada a veces en la doctrina civilista. Por ejemplo, distingue entre «situaciones subjetivas activas» y «situaciones subjetivas pasivas» U. Majello, «Situazioni soggettive e rapporti giuridici», en M. Bessone (ed.), *Istituzioni di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 69-70, que llama «activas» a las situaciones que expresan una posición de ventaja para sus titulares —empezando por los derechos subjetivos, que en cambio serán aquí definidos como expectativas positivas de prestaciones o negativas de no lesiones (D10.20) y, por lo tanto, siempre como situaciones pasivas (T10.117), además de activas cuando incluyan también facultades o potestades (T10.158)— y llama «pasivas» a las que expresan una situación de desventaja, como las obligaciones y las cargas, que en cambio, al consistir en modalidades, serán aquí configuradas como situaciones activas (T10.1, T10.169). Análogamente, S. Pugliatti, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, cit., §§ 23 y 26, pp. 64 y 74, habla de «situación activa» a propósito de la posición del acreedor, que al consistir únicamente en una expectativa de una prestación por parte de otro es aquí configurada como situación pasiva, y de «situación pasiva» a propósito de la posición del deudor, que al consistir en una obligación de hacer es en cambio configurada aquí como situación activa.

12. Es el título del reciente libro de M. Atienza, *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006. De la ingente literatura sobre la argumentación me limito a recordar —además del clásico Ch. Perelman y L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique* [1958], trad. cast. de J. Sevilla Muñoz, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Gredos, Madrid, 1989— R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung* [1978], trad. cast de M. Atienza e I. Espejo, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989; N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford UP, Oxford, 1978; L. Gianformaggio, «Modelli di ragionamento giuridico. Modello deduttivo, modello induttivo, modello teorico», en U. Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Edizioni di Comunità, Milano, 1983, pp. 131-152; P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico*, 2 vols., Giappichelli, Torino, 1987-1989; J. J. Moreso, P. E. Navarro y M. C. Redondo, «Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial»: *Doxa* 11 (1992); M. La Torre, «Teorie dell'argomentazione giuridica e concetti di diritto. Un'approssimazione», Apéndice a la edición italiana de R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 357-384; M. Atienza, *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, cap. 9; C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003; M. Gascón Abellán y A. García Figueroa, *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, Palestra, Lima, 2003; P. Andrés Ibáñez, *Los 'hechos' en la sentencia penal*, Fontamara, México, 2005.

13. A. Falzea, «Accertamento» [1958], ahora en *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. II. Dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 214, que habla de «eficacia preclusiva» a propósito de este tipo de efecto que «surge independientemente de la (conformidad o disconformidad de la) situación jurídica preexistente», distinguiéndola de la «eficacia constitutiva», que «diverge» netamente de aquella, y de la «eficacia declarativa», que por el contrario «converge en lo esencial» con ella (*ibid.*, p. 207). La noción de constatación aquí propuesta es bastante menos técnica. Incluye también, y diría que sobre todo, los actos dotados de eficacia declarativa, como las certificaciones, y, si se trata de actos cognitivos como los pronunciamientos judiciales, también los dotados de eficacia constitutiva; tanto es así que dicha noción será utilizada sobre todo para definir la jurisdicción (D12.19). Sobre la noción de constatación que usa la doctrina jurídica, cf. también C. Furno, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Sansoni, Firenze, 1948; E. Allorio, «L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale» [1955], en *Id.*, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, Giuffrè, Milano, 1957, vol. I, pp. 3-138; M. S. Giannini, «Accertamento. Diritto costituzionale e amministrativo», en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, vol. I, 1958, pp. 219-227; M. Giorgianni, «Accertamento (negozio di)», *ibid.*, pp. 227-242.

VII

LAS PERSONAS Y LOS BIENES

7.1. *Personas, personalidad y sujetos jurídicos*

El tercer tema de la teoría del derecho que afrontaré ahora es el de las personas y demás sujetos jurídicos. Su principal dificultad deriva de los contornos nada intuitivos de la extensión del concepto de persona usado en el lenguaje jurídico. Por un lado, en efecto, «persona» incluye entidades fuertemente heterogéneas: desde las llamadas «personas físicas» de los hombres y mujeres de carne y hueso a las llamadas «personas jurídicas» —como las sociedades anónimas, las fundaciones, los entes públicos e incluso el Estado—, que son ficciones antropomórficas que, fuera de los ordenamientos instituidos con ellas, no tienen otra referencia empírica que los propios actos que las constituyen. Por otro lado están excluidas del concepto otras formas de subjetividad jurídica, como las asociaciones carentes de personalidad, que sin embargo son relevantes para el derecho por los actos y situaciones que les son imputables. Precisamente esta singular asimetría —por inclusión y por exclusión— de los contornos extensionales del concepto hace particularmente fecundo el análisis de su significado intensional, e impone la carga de justificar sus usos heterogéneos mediante una redefinición unívoca y rigurosa del mismo.

Si queremos permanecer fieles a los usos jurídicos corrientes, esta justificación reside a mi juicio en el hecho de que el derecho denomina así a las diversas entidades designadas por ‘persona’ y las reconoce como posibles autores de actos o como posibles titulares de situaciones. Podemos identificar este reconocimiento con la atribución a dichas entidades de un particular estatus subjetivo que las hace idóneas para realizar actos y/o para ser titulares de situaciones. Dicho con precisión, llamaré ‘*estatus jurídico*’ a todo estatus que —análogamente a lo que el postulado P11 establece para las situaciones no constituyentes (T6.45-T6.47)— suponga una causa de la que es efecto así como una causa de la regla por la que, cuando no sea él mismo una regla, viene predispuesto. Llamaré además ‘*personalidad*’ al estatus jurídico en virtud del cual un sujeto es

reconocido como idóneo para ser autor de actos o titular de situaciones, y *‘persona’* a cualquier sujeto dotado de personalidad.

D7.1 *El ‘estatus jurídico’ es el estatus que supone una causa de la cual es efecto y que, si él mismo no es una regla, está previsto por una regla que supone a su vez una causa.*

$$(y)(z)(STGyz \equiv (STAyz \cdot (\exists x'')CAUx''y \cdot (\neg REGy \rightarrow (\exists r)(\exists x')(REGry \cdot CAUx'r))))$$

D7.2 *La ‘personalidad’ es el estatus jurídico en virtud del cual un sujeto puede ser autor de actos o titular de situaciones.*

$$(y)(z)(PTAyz \equiv (STGyz \cdot SOGz \cdot M(\exists x)((AUTzx \cdot ATTx) \vee (TITzx \cdot SITx))))$$

D7.3 *‘Persona’ es todo sujeto dotado de personalidad.*

$$(z)(PESz \equiv (\exists y)(SOGz \cdot PTAyz))$$

Disponemos así de tres nuevos conceptos, correspondientes —al igual que ‘acto’ y ‘situación’ en relación con ‘comportamiento’ y con ‘modalidad’ o ‘expectativa’— a figuras específicas respecto a las más genéricas de ‘estatus’ y ‘sujeto’. Se ha visto que, en el lenguaje de la deóntica, el estatus es la posición o la identidad de un individuo instituida por un precepto constitutivo dentro de un sistema normativo cualquiera: por ejemplo, la identidad de «torre» en el juego de ajedrez, o de «portero» en el juego del fútbol. El *‘estatus jurídico’* es por tanto la posición o la identidad dentro de un sistema específicamente jurídico, conferida por un precepto constitutivo (T7.1), que consiste en un acto (T7.2) que más adelante llamaré ‘acto constitutivo’ (D9.10), a un individuo cualquiera, sea éste un sujeto o un objeto¹. *‘Personalidad’*, a su vez, es el estatus jurídico producido por un acto (T7.4), gracias al cual un sujeto, calificado por él como *‘persona’* (D7.3, T7.3), puede devenir autor o titular no ya, como todos los sujetos, de genéricos comportamientos o modalidades, sino de esos particulares comportamientos que son los actos y/o de esas particulares modalidades y expectativas que son las situaciones jurídicas (T7.5)². De donde deriva que persona y personalidad son términos co-extensivos (T7.6), no siendo la personalidad más que el estatus jurídico de persona, o más simplemente el *status personae* (T7.7)³.

$$T7.1 (y)(STGy \rightarrow (\exists x)(SIGyx \cdot PCOx)) \quad D7.1, T4.30$$

$$T7.2 (y)(z)(STGyz \rightarrow (\exists x)(STAyz \cdot EFFyx \cdot ATTx)) \quad D7.1, D5.1, T5.31$$

$$T7.3 (z)(PESz \rightarrow SOGz) \quad D7.3$$

$$T7.4 (y)(z)(PTAyz \rightarrow (\exists x)(STGyz \cdot EFFyx \cdot ATTx)) \quad D7.2, T7.2$$

$$T7.5 (z)(PESz \equiv (\exists y)(SOGz \cdot STGyz \cdot M(\exists x)((AUTzx \cdot ATTx) \vee (TITzx \cdot SITx)))) \quad D7.2, D7.3$$

$$T7.6 (z)(PESz \equiv (\exists y)PTAyz) \quad D7.3, D7.2$$

$$T7.7 (y)(z)(PTAyz \equiv (STGyz \cdot PESz)) \quad T7.6, D7.2, T7.5$$

Analizaré en el próximo capítulo los principios de positividad y de legitimidad de los estatus jurídicos, tal y como resultan de su definición como efectos de actos preceptivos consistentes en reglas (tético-constitutivas) o previstos por reglas (hipotético-constitutivas) producidas a su vez por actos normativos. Dejo de lado por ahora el análisis de los estatus jurídicos que no hacen referencia a sujetos sino a cosas, como el estatus de «bien inmueble» o de «bien demanial», o de «monumento natural» o de «bien artístico». La noción de estatus jurídico sólo interesa aquí como elemento de las definiciones de personalidad y de persona (D7.2, D7.3). De acuerdo con tales definiciones están por tanto incluidos en el concepto de ‘persona’ no sólo las «personas físicas», que claramente pueden ser autores de actos y/o titulares de situaciones, sino también aquellos sujetos artificiales que, por estar dotados como «personas jurídicas» del *status personae* o personalidad, pueden ser, al igual que los seres humanos, titulares de situaciones. Están en cambio excluidos de aquél numerosos sujetos que, aun siéndoles imputables actos o situaciones, no están dotados por el ordenamiento de personalidad jurídica: como el nascituro, que aun pudiendo imputársele derechos en materia sucesoria no es, por ejemplo en el derecho italiano, una ‘persona’, al carecer no sólo de la capacidad de realizar actos sino también de la capacidad jurídica, que está condicionada al nacimiento; o como las llamadas «asociaciones no reconocidas», que carecen igualmente de personalidad aun cuando se les puedan imputar situaciones y los actos que son ejercicio de las mismas.

Esto significa que los conceptos de ‘personalidad’ y de ‘persona’, identificados por el específico estatus jurídico de quien puede ser autor de actos o titular de situaciones, no agotan todas las formas de subjetividad jurídica. Como se ha visto con carácter general en el capítulo III, la imputación de un comportamiento, de una modalidad o de una expectativa no se identifica, en efecto, con la condición de autor del primero o de titular de la segunda o la tercera. En la experiencia jurídica, podemos precisar ahora, existen actos y situaciones imputadas, además de a las personas que son sus autores o titulares, también a otros sujetos que no son personas, como por ejemplo las sociedades simples, a las que se imputan actos y situaciones imputadas también a los socios particulares que son sus autores o titulares. Por lo tanto, junto al concepto de ‘persona’ es necesario disponer también de otra figura, que llamaré ‘*sujeto jurídico*’ (o ‘*sujeto de derecho*’), para designar a todo aquel que sea centro de imputación de actos o situaciones, independientemente de que sea, en cuanto persona, su autor o titular⁴.

D7.4 ‘*Sujeto jurídico*’ es todo aquel que es centro de imputación de actos o situaciones jurídicas.

(z)(x)(SGGzx \equiv (IMPzx \cdot (ATTx v SITx)))

‘Sujeto jurídico’ es, pues, una figura de extensión intermedia respecto a las de ‘sujeto’ y ‘persona’. En efecto, mientras que es un sujeto todo aquel a quien le son imputables (T3.18) incluso simples comportamientos o modalidades, ‘sujeto jurídico’ es todo aquel a quien le son imputables, específicamente, actos o situaciones (T7.8). ‘Persona’, a su vez, es todo aquel que, en virtud de su *status personae* o personalidad, puede ser no simplemente centro de imputación de actos o de situaciones (T7.9) sino más específicamente autor de los primeros o titular de las segundas. Por eso todas las personas son sujetos jurídicos (T7.10) y todos los sujetos jurídicos son sujetos (T7.11), pero no viceversa. Son por ejemplo sujetos jurídicos, pero no personas, no sólo los *nascituri*, las sociedades simples y las asociaciones no reconocidas sino también, en el derecho internacional, sujetos colectivos como los pueblos —a los que se atribuye el «derecho de autodeterminación» y de «disponer libremente de las riquezas y recursos naturales propios»⁵— e incluso la humanidad, identificada por algunos tratados internacionales como el centro de imputación del llamado «patrimonio común de la humanidad»⁶. En cambio no son ni siquiera sujetos jurídicos, allí donde no les sean (o hasta que no les sean) imputables por el derecho positivo actos o situaciones, sujetos como las generaciones futuras⁷ o los animales y demás seres sensibles⁸.

T7.8 (z)(SGGz \equiv M(\exists x)(IMPzx \cdot (ATTx \vee SITx))) D7.4

T7.9 (z)(PESz \equiv (\exists y)(PTAyz \cdot M(\exists x)((AUTzx \cdot ATTx) \vee (TITzx \cdot SITx)))) T7.5, T7.6

T7.10 (z)(PESz \rightarrow SGGz) T7.5, T3.22, T7.8

T7.11 (z)(SGGz \rightarrow SOGz) T7.8, T3.18

Por otra parte, también ‘imputación jurídica’ es una figura más amplia que la suma de ‘autor de actos’ y ‘titular de situaciones’. Aunque los actos y las situaciones supongan sujetos jurídicos a los que les son imputados (T7.12), así como sujetos jurídicos autores de los primeros (T7.13) y titulares de las segundas (T7.14), aquel a quien se imputa un acto no siempre es su autor y aquel a quien se imputa una situación no siempre es su titular. Por ejemplo, en la relación de representación que definiré en el § 7.7, al representado se le imputan actos de los que es autor (además de sujeto de imputación) el representante, al que a su vez se le imputan las situaciones ejercitadas por él y de las que es titular (además de sujeto de imputación) el representado.

T7.12 (x)((ATTx \vee SITx) \rightarrow (\exists z)(SGGzx \cdot IMPzx)) D7.4, T5.26, T6.16

T7.13 (x)(ATTx \rightarrow (\exists z)(SGGz \cdot AUTzx)) D7.4, T5.25, T3.22

T7.14 (y)(SITy \rightarrow (\exists z)(SGGz \cdot TITzy)) D7.4, T6.17, T3.22

Se trata de distinciones entre diferentes tipos de subjetividad y de atribución jurídica que se revelarán esenciales para dar cuenta de numerosos fenómenos de otro modo inexplicables: piénsese, además de en las figuras ya recordadas de las asociaciones carentes de personalidad

jurídica, en la relación de imputación entre un acto colectivo como las elecciones y el cuerpo electoral, en la copropiedad, en los derechos de los pueblos, en la llamada «soberanía popular» y, en general, en todas las formas de imputación jurídica no ancladas en la personalidad. Del mismo modo que la genérica imputabilidad de los sujetos es un fenómeno más amplio que el de su idoneidad para ser autores de comportamientos y titulares de modalidades o expectativas (T3.22), también la imputabilidad o subjetividad jurídica es un fenómeno más amplio que el de la personalidad, o sea, el del estatus consistente en la capacidad de ser autor de actos o titular de situaciones.

7.2. *Personas naturales y personas artificiales*

Dentro del ámbito de las personas podemos trazar dos grandes distinciones: la primera, que introduciré en este parágrafo, es la que existe entre ‘personas naturales’ y ‘personas artificiales’; la segunda, que introduciré en el § 7.4, es la que existe entre ‘capaces de obrar’ y ‘jurídicamente capaces’ que deriva de la descomposición de la suma lógica con la que he definido ‘personalidad’ y consiguientemente ‘personas’ (D7.2, T7.5).

Llamo *personas naturales* a todas las personas que preexisten al derecho, comenzando por las personas humanas. Llamo en cambio *personas artificiales* a todas las constituidas por el derecho, como los distintos tipos de entes y de sociedades. Las personas naturales existen con independencia de las normas que las contemplan y, más en general, de actos o hechos jurídicos. Las personas artificiales por el contrario son instituidas jurídicamente⁹ en vista de los objetivos y de los intereses que, como veremos en el § 8.12, constituyen su ‘razón social’. No preexisten al derecho, siendo su existencia el resultado de preceptos jurídicos. No son entidades empíricas observables, sino ficciones jurídicas, artificios, figuras inmateriales, simplemente significados de los actos preceptivos de los que son efectos¹⁰.

D7.5 ‘*Persona natural*’ es toda persona cuya existencia no es efecto de un acto jurídico.

$$(z)(\text{PNAz} \equiv (\text{PESz} \cdot \neg(\exists x)(\text{ATTx} \cdot \text{EFFzx})))$$

D7.6 ‘*Persona artificial*’ es toda persona cuya existencia es efecto de un acto jurídico.

$$(z)(\text{PARz} \equiv (\text{PESz} \cdot (\exists x)(\text{ATTx} \cdot \text{EFFzx})))$$

Esta distinción reproduce la habitual entre «personas físicas» y «personas jurídicas»: expresiones éstas, por lo demás, que, por pertenecer al léxico jurídico corriente, también seguiré yo usando como sinónimas

de «personas naturales» y «personas artificiales»¹¹. Nuestras definiciones, sin embargo, no coinciden enteramente con las tradicionales, aunque sólo sea porque éstas funcionan normalmente a nivel dogmático, con referencia a los usos de tales términos en los ordenamientos objeto de análisis. En efecto, en teoría nada excluye que entre las personas naturales puedan incluirse también sujetos naturales distintos de las personas humanas, dependiendo tal opción de las normas positivas de los ordenamientos considerados. Nuestra distinción no se compromete con esta opción, y ni siquiera con la tesis de que son personas todos los seres humanos. Es una distinción teórica, y por ello formal, que no prejuzga la determinación de la clase de las personas naturales, que es obra del derecho positivo. Es verdad que el *status personae* de todos los seres humanos es una conquista de los ordenamientos evolucionados. Pero no siempre ha sido así. Es así, al menos para quien comparta una concepción no iusnaturalista¹² sino positivista del derecho, sólo en la medida en que una norma jurídica positiva establezca tal principio. La única tesis con la que nuestra distinción se compromete es la de que las *personas naturales* son aquellas cuya existencia no depende de ningún acto o causa jurídica, mientras que las *personas artificiales* son creadas, inventadas o convenidas por actos jurídicos cuyos efectos representan. De donde deriva el carácter tanto exhaustivo como disyuntivo de la distinción entre las dos clases de personas:

T7.15 (z)(PESz \equiv (PNAz \vee PARz))	D7.5, D7.6
T7.16 (z)(PNAz \equiv (PESz \cdot \neg PARz))	D7.5, D7.6, T7.15
T7.17 (z)(PARz \equiv (PESz \cdot \neg PNAz))	D7.5, D7.6, T7.15

Por otra parte, al afirmar que las personas naturales no son efectos de actos no quiere decirse que no sea efecto de un acto su *status personae* o personalidad, que como sabemos es un estatus jurídico conferido por el derecho positivo (T7.4), sino sólo que, a diferencia de las personas artificiales, es «natural», o sea, independiente de su reconocimiento jurídico, su existencia empírica. De hecho la formalización de nuestros conceptos, al distinguir claramente la entidad de la que ‘persona’ es predicado y a la que se confiere el *status personae* (designada por la variable *z* en las expresiones *PARz* y *PTAyz*) de la entidad de la que tal *status* es predicado (designada por la variable *y* en la expresión *PTAyz*), permite evitar las ambigüedades sintácticas señaladas en el § 5 de los Preliminares. Se logran superar así, gracias a esta simple pero esencial distinción, las muchas cuestiones y aporías que han acompañado la agitada historia del concepto de persona, comenzando por la contraposición doctrinal entre «teorías de la ficción» y «teorías orgánicas o de la realidad»¹³. Es sin duda verdadera la tesis kelseniana según la cual ‘persona’ no es más que la «unidad personificada de un conjunto de normas jurídicas»¹⁴, o sea, de obligaciones y de autorizaciones. Es asimismo verdad que eso puede afirmarse no sólo para la persona jurídica sino también para la

persona física: la cual, «entendida como sujeto de deberes y derechos, no es el ser humano cuya conducta constituye el contenido de tales deberes o el objeto de tales derechos, sino simplemente una personificación de esos derechos y deberes»¹⁵. Pero esto sólo quiere decir que la cualidad, condición o estatus de ‘persona’, no importa si física o jurídica, natural o artificial, es en rigor una calificación jurídica, algo por lo demás no distinto de ‘acto’ o de ‘situación’, y que es en cuanto tal producida por el ordenamiento.

Bajo este aspecto no existe ninguna diferencia entre personas físicas y personas jurídicas: en ambos casos la cualidad (o el estatus) de persona asociada a un individuo, o lo que es lo mismo, su personalidad (T7.6), es el efecto de un acto (T7.4) que crea dicha cualidad en virtud de una norma constitutiva. La diferencia fundamental entre las dos clases de personas —que de otro modo serían indistinguibles— es que en el caso de las personas jurídicas lo que es efecto, llamado por ello ‘artificial’, de un acto jurídico (D7.6) que en su momento llamaré constitutivo no es sólo la cualidad de persona o ‘personalidad’ (expresada en D7.2 y en T7.4 por la variable individual *y*) sino también la entidad de la que ‘persona’ es predicado y a la que se confiere la ‘personalidad’ (expresada en D7.3 y en T7.6 por la variable individual *z*); mientras que en el caso de las personas físicas tal entidad es justamente el ser humano o en cualquier caso ‘natural’, así denominado precisamente porque no es creado por ningún acto jurídico (D7.5) sino que cobra existencia naturalmente, con independencia del *status personae* que el derecho le confiere.

Ha sido además gracias a esa gran revolución producida en la Edad Moderna con la afirmación del principio de igualdad como el estatus o dignidad de persona se ha conferido, junto a los derechos fundamentales, a todos los seres humanos en cuanto tales. Pero ello ha sido el efecto de una norma positiva, como es precisamente el principio de igualdad: «Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits», proclamó el artículo 1 de la *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* de 1789, reproducido luego en todas las constituciones modernas; «Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica», afirma el artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Gracias a normas de este tipo todos los seres humanos son ‘personas’ porque son declarados como tales y reconocidos todos por igual como titulares de al menos esas situaciones que son los derechos humanos fundamentales: derechos que con esas normas dejan de ser «derechos naturales», o sea, expectativas prejurídicas, y se convierten, como veremos en el capítulo XI, en derechos positivos caracterizados por la cuantificación universal de la clase de sus titulares (D11.1). Resulta también evidente que es por estas normas por lo que nuestro postulado P5, al afirmar que las personas no son objetos y mucho menos cosas (T7.18), puede interpretarse como valoración axiológica de los seres humanos como personas e identificarse por ello, en este sentido, con el principio fundamental de la dignidad de la persona¹⁶.

T7.18 (z)(PNAz \rightarrow (\neg OGGz \cdot \neg COAz))

T3.7, T3.51, T7.3, T7.15

Nuestras tesis, sin embargo, incluidas las de la personalidad de las personas naturales, valen para todos los ordenamientos independientemente de que acojan los principios de igualdad y de dignidad de las personas humanas. Al limitarse a afirmar que la ‘personalidad’ es un estatus jurídico producido por un acto como presupuesto de la posibilidad de ser autores de actos o titulares de situaciones, dichas tesis resultan verdaderas para cualquier ordenamiento, sea cual sea el criterio de distribución de la personalidad y de las capacidades y derechos que se conectan a ella. Nuestra definición de persona, repito, al igual que las de sujeto y sujeto jurídico y en general al igual que todas las definiciones de la teoría, es, en suma, una definición formal. No nos dice *cuáles son* sino sólo *qué son* —en qué consisten— las personas naturales, o sea, cuál es el significado de esta palabra. Nada excluye que, dependiendo de los distintos ordenamientos, las clases de las personas naturales o de los sujetos jurídicos sean más o menos amplias: en un ordenamiento esclavista, por ejemplo, algunos seres humanos son cosas y no personas; y a la inversa, es perfectamente posible que en un ordenamiento del futuro se les confiera a los (o a algunos) animales el estatus de persona o por lo menos de sujetos jurídicos en cuanto titulares de derechos.

Tal vez pueda afirmarse que el principio de igualdad *en droits* ha permitido fundar el concepto moderno de ‘persona’, en el sentido de que dicho principio, por un lado, ha suprimido todas las anteriores diferencias de estatus vinculadas a la identidad personal (con excepción, como veremos en el capítulo XI, del estatus de capacidad de obrar y del de ciudadano) y, por otro lado, ha extendido normativamente el *status personae* a todos los seres humanos como presupuesto universalista de la titularidad, por parte de todos ellos, de iguales derechos fundamentales llamados por eso «de la persona». Pero se trata, precisamente, de un principio sancionado por una norma jurídica —es decir, de un *principium iuris et in iure*— y estipulado desde las primeras declaraciones de derechos como consagración jurídica de la afirmación de ese mismo principio en el plano moral y jurídico.

Por lo demás, también es una norma jurídica la tesis que sitúa en el nacimiento el momento a partir del cual puede calificarse a un ser humano como «persona»: en el ordenamiento italiano, por ejemplo, dicha norma deriva del artículo 1 del Código Civil, según el cual «la capacidad jurídica», que como veremos en el § 7.4 comporta la personalidad, «se adquiere en el momento del nacimiento». Y también dicha norma es el reflejo de una opción moral, como igualmente sería el reflejo de una opción moral distinta una norma que remontase por ejemplo la adquisición de la personalidad al momento de la concepción o de la fecundación. Por lo tanto, es en el principio moral de la personalidad de los seres humanos en lo que ahora conviene detenerse, aunque sólo sea sumaria e incidentalmente, a fin de disipar los muchos equívocos originados por

su indebida confusión con las tesis biológicas, de un lado, y con los principios jurídicos sobre la identidad de «persona», de otro.

7.3. *El concepto de ‘persona’ entre derecho y moral: una digresión.
La naturaleza del embrión y el nacimiento de la persona*

Cuál sea el momento en que puede afirmarse que «nace» o «existe» una persona humana es evidentemente un problema de filosofía moral y de filosofía jurídica que resulta relevante por las consecuencias prácticas que lleva aparejadas en la valoración y en el tratamiento de fenómenos como el aborto, la fecundación asistida o la utilización de embriones con fines terapéuticos. Pero es también un problema central de la teoría del derecho, dado que el nexo instituido por la definición D7.5 y la tesis T7.7 entre el estatus de ‘persona’ y la identidad del sujeto empírico o ‘natural’ del que se predica requiere una interpretación semántica que remite inevitablemente a concepciones distintas del concepto de «persona». De ahí la oportunidad de una digresión de tipo filosófico-moral y filosófico-jurídico, ajena a la teoría del derecho y sin embargo necesaria para dar cuenta del fundamento de las normas, tanto morales como jurídicas, constitutivas del estatus de ‘persona natural’.

Afrontaremos primero la cuestión en el plano moral. En este plano, el problema del nacimiento de la «persona» humana suele identificarse con el de la naturaleza del embrión: si el embrión es una *persona*, como sostiene la Iglesia católica, o no lo es. El contenido principal de la tesis moral según la cual el embrión es una persona y merece por ello una tutela incondicionada es que éste, como es fácilmente observable, es una entidad vital que consiste precisamente en una potencialidad de ser humano. Pero esta tesis, seguramente verdadera, no implica ni permite derivar la de que el embrión es una persona. Podemos saber, como de hecho sabemos, exactamente todo sobre las características empíricas del embrión o del feto en las distintas fases de la gestación. Pero estos conocimientos no bastan para determinar si tales entidades son (o no son) personas. *Persona*, en efecto, es un vocablo del lenguaje jurídico y del lenguaje moral, pero desde luego no del lenguaje biológico. Deducir de la tesis biológica según la cual el embrión es una entidad vital la tesis moral de su *cualidad de «persona»*, o incluso la tesis filosófico-jurídica según la cual es justo configurar como ilícita su eliminación, es por eso un evidente *non sequitur*, es decir, una indebida derivación viciada de falacia naturalista¹⁷. En otras palabras, decir que el embrión es una persona no es una aserción sino una prescripción; no es un juicio de hecho sino un juicio de valor, y como tal ni verdadero ni falso sino sometido a la valoración moral y a la libertad de conciencia de cada uno. Sólo hay una cosa pacíficamente compartida: una «persona», tanto en sentido jurídico como moral, existe indiscutiblemente en el momento del nacimiento, el cual requiere la gestación y el parto de una mujer.

El nacimiento implica por tanto el cuerpo y la mente de una potencial madre, es decir, de un sujeto que es indudablemente 'persona'. Invirtamos por ello nuestro problema: ¿es moralmente aceptable que una mujer, a fin de que se satisfaga un hipotético derecho del embrión a nacer —pese a ser reconocido como «persona» sobre la base de la controvertida cuestión, no científica sino moral, de su personalidad— sea obligada a una gestación y un parto no queridos y en consecuencia a soportar una maternidad impuesta e involuntaria? Es claro que tal *corvée* personal, que comporta una alteración de la vida de la mujer, representa una violación clamorosa de la segunda máxima de la ética kantiana, según la cual ninguna persona puede ser tratada como un medio para fines ajenos¹⁸; en este caso, como instrumento de reproducción mecánica e involuntaria. Y contradice asimismo el postulado de la ética liberal expresado por John Stuart Mill mediante la máxima según la cual cada uno es soberano de su propio cuerpo y de su propia mente¹⁹.

Si esto es así, el nacimiento no puede concebirse solamente como un hecho biológico y natural. Es también la traída al mundo del nascituro por parte de la mujer y por consiguiente el fruto del ejercicio de una libertad-inmunidad fundamental de la misma —una libertad *de* autodeterminación, pero antes aún una inmunidad o libertad *frente a* constricciones— que tiene como objeto el propio cuerpo y la propia integridad e identidad de persona. Así pues, el problema de la tutela del embrión en cuanto potencial persona sólo puede resolverse, sin que la persona de la mujer sea tratada como cosa o como medio para fines ajenos, admitiendo que el embrión es merecedor de tutela *si y sólo si* es pensado y querido como persona por la madre. Por eso el fundamento moral de la tesis metajurídica de la no punibilidad del aborto dentro de un cierto periodo de tiempo tras la concepción, al igual que el de la licitud de la utilización de células embrionarias con fines terapéuticos, no reside en la idea de que el embrión sea una simple cosa (una *portio mulieris vel viscerum*, como decían los romanos) y no una potencialidad de persona. Reside, antes bien, en la tesis moral de que la decisión sobre la naturaleza de (futura) persona del embrión no puede sino depender de la autonomía moral de la mujer, en virtud de la naturaleza precisamente *moral* y no simplemente biológica del acto con el que la madre lo *concibe* (literalmente) como «persona».

Podemos esclarecer mejor el alcance de esta tesis moral invirtiendo nuevamente los términos del dilema expresado por la relación entre naturaleza del embrión y autodeterminación de la mujer en el asunto de la maternidad. ¿Qué significa confiar a la libertad de conciencia de la mujer la decisión moral de que el feto que lleva en su seno es virtualmente una «persona», o sea, hacer depender de tal decisión la cualidad de (futura) persona del nascituro? Significa aceptar la tesis moral de que «persona», merecedora como tal de tutela, es el ser nacido o en todo caso destinado por la madre a nacer. Y esto vale tanto para el aborto como para cualquier otra práctica que lesione el embrión. Todos nos oponemos con fir-

meza a cualquier acto que pueda dañar al nascituro, al que consideramos «inviolable» en cuanto pensado y querido como futura persona. Pero no todos consideramos lesiva la decisión de la madre de no concebir y por tanto de no hacer nacer a ninguna persona, ni consideramos por consiguiente inviolable lo que es simplemente un embrión no destinado a nacer como persona.

Por lo demás, es indudable que una mujer siente dentro de sí un hijo y no una simple vida en el mismo momento en que piensa y quiere esta vida como un hijo, o sea, como una persona. Pero esto, me parece, confirma y al mismo tiempo integra la tesis moral aquí sostenida en relación no con la personalidad sino con la tutela del embrión: la procreación, al igual que la persona, es un concepto moral, un concepto que no designa sólo un fenómeno biológico sino también un acto moral de voluntad. Es precisamente este acto de voluntad, en virtud del cual la madre *concibe* al nascituro como persona, lo que según esta tesis confiere a éste el valor de persona: lo que *crea* la persona. Podemos, pues, admitir la anticipación de la persona antes del parto: pero siempre que resulte claro que ésta, según la tesis moral ofrecida aquí, está en todo caso vinculada al acto con el que la mujer se piensa y se quiere como «madre» y piensa y quiere al feto como «nacido». Según este punto de vista moral, la procreación es realmente un acto creativo o performativo: fruto no sólo de un proceso biológico sino de un acto de consciencia y de voluntad. Con ella la madre, al concebir al nascituro como hijo, no sólo le da cuerpo sino también valor de persona. Dicho en otros términos: si es verdad que el embrión necesita de la (decisión de la) madre para nacer, entonces dicha decisión determina su naturaleza haciendo de él una (futura) persona. En suma, su cualidad de (futura) persona es compatible con la tesis T7.18 sobre la dignidad de la persona de la madre, como sujeto y no objeto, si y sólo si es decidida por ésta, es decir, si y sólo si es pensada y querida por el sujeto que puede hacerlo nacer como persona.

Naturalmente no todos comparten esta concepción moral de la persona y de la maternidad. Dicha concepción no es más «verdadera» (sino en mi opinión sólo más razonable) que la que siempre ve en el embrión a una persona con independencia de la voluntad de la madre de traerlo al mundo. No es más verdadera, pero tampoco más falsa. Sin embargo las dos concepciones son incompatibles. En el plano moral, en efecto, no existe posibilidad de acuerdo ni de compromiso, sino sólo de recíproca tolerancia. Y en este caso la tolerancia consiste en reconocer a ambas concepciones como posiciones morales legítimas, cada una de las cuales puede ser practicada sin que la otra pueda ser descalificada como «inmoral» sólo porque no se comparte. Pero esto equivale a no blandir contra ninguna de ellas el derecho penal, como en cambio querrían los defensores de la punición del aborto, que pretenden imponer a todos su moral y en consecuencia obligar también a las mujeres que no la comparten a sufrir sus dramáticas consecuencias.

Llego así a la cuestión jurídica, de filosofía del derecho y ya no de filosofía moral, de si está o no justificado que el derecho confiera al embrión como tal el estatus de «persona» e imponga respetar dicho estatus con la sanción penal. Ésta es una cuestión completamente distinta de la examinada hasta ahora, pues tiene que ver con la aceptabilidad moral y política no ya de la eliminación del embrión sino de la prohibición y punición jurídica de la misma, con independencia de lo que se piense de su inmoralidad. Hay una primera razón que la hace moralmente inaceptable y que está vinculada a los efectos concretos de la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo. En Italia, por ejemplo, tras la sustancial despenalización que tuvo lugar con la ley n.º 194 de 1978, el número de abortos cayó drásticamente. Por consiguiente, incluso si no quiere verse entre los dos hechos una relación de causa y efecto explicable por la acrecentada autonomía de las mujeres, resulta claro que la penalización del aborto ya no puede seguir invocándose ni siquiera para defender la vida de los fetos. Para ello, si acaso, debería auspiciarse y defenderse su abolición. Excluida, pues, toda su eficacia disuasoria, será preciso admitir que el único fin que con ella se persigue es la consagración jurídica del principio moral de que el feto es una persona y que eliminarlo es un ilícito moral²⁰. Es así como nuestra cuestión se reduce a la de si es admisible penar y prohibir un hecho *sólo porque es* (considerado por algunos) inmoral. En el § 15.2 volveré más ampliamente sobre esta cuestión, que es inescindible de la laicidad del derecho y del Estado²¹. Baste decir aquí que tanto la cultura jurídica moderna, fundada sobre la libertad individual, como la moral laica, fundada sobre la autonomía de la conciencia, nacen de la recíproca autonomización y separación entre derecho y moral. El derecho no tiene la función de afirmar o de reforzar la (o una concreta) moral sino sólo la de prevenir daños a las personas y garantizar sus derechos fundamentales; del mismo modo que, a la inversa, la moral, para ser vivida y practicada con autenticidad, no tiene necesidad del apoyo del derecho y menos aún del derecho penal.

Hay además un segundo orden de razones aún más importante y decisivo que hace moralmente inaceptable la pretensión de usar el derecho penal para reprimir el aborto en nombre de la cualidad de persona del embrión: el hecho de que la afirmación jurídica del principio moral que con ello se persigue (la intangibilidad de los embriones en cuanto tales) prevalezca sobre cualquier otra consideración de orden práctico y moral, empezando por la violación del principio moral ya ilustrado de la dignidad de la persona de la madre. Esta pretensión, en efecto, muestra la prevalencia otorgada a la afirmación jurídica del principio, pese a carecer de toda eficacia disuasoria, sobre los dramáticos costes que comporta para millones de mujeres: por su vida, puesta en peligro por la práctica del aborto clandestino, y por los trastornos existenciales y las humillaciones a que les somete la elección entre aborto ilegal y maternidad impuesta²².

Hay, en efecto, un equívoco que debe ser aclarado. En el debate sobre el aborto, el derecho de la mujer a decidir su maternidad suele ser descalificado porque se concibe esencialmente como una libertad activa, es decir, como «derecho de aborto». Esta concepción ignora que tal derecho consiste no sólo y no tanto en una libertad activa o positiva, o sea, en la facultad de abortar que es sólo un corolario de aquél, sino más bien en una libertad negativa, a saber, en el derecho de la mujer a no convertirse en madre contra su voluntad; no tanto, por consiguiente, en una *facultas agendi*, sino sobre todo, como se verá luego en los §§ 14.16 y 15.5, en una *immunidad*, en un *habeas corpus*, o sea, en la libertad personal frente a constricciones y coerciones. La prohibición penal del aborto, en efecto, no se limita a prohibir un hacer. Impone también, y diría que sobre todo, una multiplicidad de obligaciones de hacer: la obligación de ser madre, de llevar adelante un embarazo, de parir con dolor, de criar y mantener un hijo, de renunciar a proyectos de vida diferentes. Impone, en una palabra, el sacrificio del propio futuro. Es claro que todo esto contrasta con todos los principios liberales del derecho penal, en virtud de los cuales ya no se permite que el derecho penal constriña a un hacer y menos aún que imponga opciones de vida y concepciones morales, pero también con el ya recordado principio kantiano del valor de la persona como fin y no como medio para fines ajenos. Lo único que un ordenamiento no confesional puede hacer para tutelar los embriones es establecer una convención que, respetando el pluralismo moral y por ello la posibilidad de que cada cual realice sus propias opciones morales, no lesione los derechos fundamentales de la persona de la mujer a su integridad, dignidad y libertad y que al mismo tiempo fije el momento en el que la tutela del embrión deja de ser una cuestión solamente moral.

Ahora bien, me parece que la única convención jurídica capaz de satisfacer estas finalidades e impedir al mismo tiempo el conflicto entre tutela de la persona de la madre y tutela de la persona del feto²³ es la estipulación de un plazo dentro del cual la madre pueda decidir libremente su maternidad, es decir, pueda concebir o no el embrión o el feto como un hijo. La convención estipulada por la ley italiana, por ejemplo, fija este plazo en tres meses desde la concepción. Y, nótese, no porque tres meses signifiquen algo en el plano biológico, sino sólo porque éste es el tiempo necesario y suficiente para que la mujer pueda tomar una decisión consciente y responsable: es decir, para garantizar su libertad de conciencia, o sea, su autodeterminación moral y, al mismo tiempo, su dignidad como persona²⁴.

En suma, la posición moral de quienes sostienen la no punibilidad del aborto en esos tres primeros meses no se funda en negar que el embrión sea una potencialidad de persona, sino en la tesis de que «persona» es un término del lenguaje moral que no designa simplemente una entidad vital sino el ser nacido; que únicamente es inviolable y merecedor de tutela como «sujeto jurídico» el nascituro, es decir, el embrión destinado por la madre a nacer porque ha sido concebido por ella como «perso-

na»; que en todo caso estas tesis morales, incluso si no se comparten, son totalmente independientes de la tesis más específicamente filosófico-jurídica (la única que cuenta desde el punto de vista del derecho) de la ilegitimidad moral de la punición del aborto por resultar lesiva de la dignidad de la mujer y, además, completamente ineficaz para la propia tutela de los fetos; que esta última, en fin, es una tesis ético-política que, con independencia de lo que se piense de la naturaleza del feto, equivale al principio, propio de toda metaética laica, de que una auténtica moral no precisa el apoyo del derecho.

7.4. *La capacidad de obrar y la capacidad jurídica como categorías generales del derecho*

La segunda distinción entre las personas, asimétrica respecto a la que existe entre personas naturales y personas artificiales porque no es dicotómica, viene sugerida por la definición de ‘personalidad’. Si descomponemos la suma lógica que define este concepto (D7.2) y el de ‘persona’ (T7.9) obtenemos dos figuras distintas que corresponden a otros tantos estatus jurídicos: el estatus consistente en la idoneidad para realizar actos, que llamaré ‘capacidad de obrar’, y el consistente en la idoneidad para ser titular de situaciones, que llamaré ‘capacidad jurídica’. Correlativamente llamaremos ‘capaces de obrar’ a los sujetos provistos de capacidad de obrar y ‘jurídicamente capaces’ a los provistos de capacidad jurídica.

D7.7 ‘Capacidad de obrar’ es el estatus jurídico en virtud del cual un sujeto puede ser autor de actos.

$$(y)(z)(CPAyz \equiv (STGyz \cdot SOGz \cdot M(\exists x)(AUTzx \cdot ATTx)))$$

D7.8 ‘Capacidad jurídica’ es el estatus jurídico en virtud del cual un sujeto puede ser titular de situaciones.

$$(y)(z)(CPGyz \equiv (STGyz \cdot SOGz \cdot M(\exists x)(TITzx \cdot SITx)))$$

D7.9 ‘Capaz de obrar’ es todo sujeto dotado de capacidad de obrar.

$$(z)(CAAz \equiv (\exists y)(SOGz \cdot CPAyz))$$

D7.10 ‘Capaz jurídicamente’ es todo sujeto dotado de capacidad jurídica.

$$(z)(CAGz \equiv (\exists y)(SOGz \cdot CPGyz))$$

De lo anterior deriva que ‘personalidad’ y ‘persona’ equivalen a la suma lógica de las otras dos figuras de estatus y de sujeto capaz (T7.19-T7.20); que además, del mismo modo que ‘persona’ y ‘personalidad’,

también ‘capaz de obrar’ y ‘jurídicamente capaz’, al designar respectivamente las personas capaces de realizar actos y las que pueden ser titulares de situaciones (T7.21, T7.22), son términos con la misma extensión que los respectivos estatus de la capacidad de obrar y la capacidad jurídica (T7.23-T7.26); que, en fin, también la capacidad de obrar y la capacidad jurídica son estatus jurídicos «positivos», es decir, producidos por actos como sus efectos (T7.27, T7.28).

T7.19 (y)(z)(PTAyz \equiv (CPAyz \vee CPGyz))	D7.2, D7.7, D7.8
T7.20 (z)(PESz \equiv (CAAz \vee CAGz))	D7.3, D7.9, D7.10, T7.19
T7.21 (z)(CAAz \equiv (PESz \cdot M(\exists x)(AUTzx \cdot ATTx)))	T7.20, D7.9, D7.7, T7.5
T7.22 (z)(CAGz \equiv (PESz \cdot M(\exists x)(TITzx \cdot SITx)))	T7.20, D7.10, D7.8, T7.5
T7.23 (z)(CAAz \equiv (\exists y)CPAyz)	D7.9, D7.7
T7.24 (y)(z)(CPAyz \equiv (STGyz \cdot CAAz))	D7.7, D7.9, T7.21
T7.25 (z)(CAGz \equiv (\exists y)CPGyz)	D7.10, D7.8
T7.26 (y)(z)(CPGyz \equiv (STGyz \cdot CAGz))	D7.8, D7.10, T7.22
T7.27 (y)(z)(CPAyz \rightarrow (\exists x)(STGyz \cdot EFFyx \cdot ATTx))	D7.7, D7.1
T7.28 (y)(z)(CPGyz \rightarrow (\exists x)(STGyz \cdot EFFyx \cdot ATTx))	D7.8, D7.1

Análogamente a lo que ya he hecho para las nociones de ‘acto’ y de ‘situación’, he ampliado —y simplificado— así las dos nociones de capacidad que se usan en la doctrina civilista: la capacidad jurídica, comúnmente definida como «la aptitud del hombre para ser titular de derechos y deberes», y la capacidad de obrar, definida como su aptitud «para realizar actos jurídicos mediante los cuales adquirir derechos o asumir deberes»²⁵. La intensión aquí acordada de estas dos nociones supone, en efecto, la ampliación de su extensión, como categorías teóricas generales, mucho más allá de los confines privatistas que les son comúnmente asignados.

La conveniencia de esta extensión es evidente por lo que respecta a la capacidad jurídica, configurada aquí como la idoneidad para poder ser titulares de situaciones. Normalmente la doctrina civilista sólo asocia esta figura a las personas físicas, definiéndola como la idoneidad de éstas para llegar a ser titulares de derechos y deberes²⁶. Pero, para los fines explicativos asignados al concepto, esta restricción se revela completamente injustificada y merece ser superada en una doble dirección. Ante todo, de ‘capacidad jurídica’ debe poder hablarse a propósito de la idoneidad de la persona para convertirse en titular de cualquier situación: no sólo de derechos y deberes sino también de responsabilidades y poderes, tanto privados como públicos. En segundo lugar, la idoneidad para ser titulares de situaciones, aunque es una característica intrínseca de las personas físicas, que como dice el artículo 1 del Código Civil italiano la adquieren «desde el momento del nacimiento», también lo es de las personas jurídicas, que la adquieren con ese equivalente jurídico del nacimiento natural que es su acto constitutivo completado, si fuera necesario, por su reconocimiento. Más aún: puesto que las personas jurídicas, como veremos en el próximo parágrafo, no pueden obrar di-

rectamente sino sólo a través de las personas físicas que las representan, es justamente en la capacidad jurídica, o sea, en la posible titularidad de situaciones, en lo que se cifrará su personalidad jurídica (T7.52).

Pero no menor es la utilidad de extender la noción civilista de capacidad de obrar hasta incluir en ella la idoneidad para ser autor de cualquier acto jurídico que produzca efectos: por lo tanto no sólo de los actos negociales, sino también de los demás actos preceptivos con los que se ejercitan los distintos tipos de poder, e incluso de los actos de cumplimiento y de los actos ilícitos. No hay nada que impida esta generalización, paralela por lo demás a la ya realizada de los conceptos de ‘causa’ y de ‘acto’. Al contrario, es propiamente la intensión del concepto la que, también en este caso, determina la ampliación de su extensión. En efecto, la aptitud psicofísica para actuar consciente y voluntariamente, que caracteriza la noción civilista de capacidad de obrar, es común a todas las figuras de idoneidad para realizar actos jurídicos, que siempre requieren, por los efectos que derivan de ellos, la llamada «capacidad de entender y de querer» propia por ejemplo de una determinada edad: común no sólo a la capacidad negocial, que es la idoneidad para celebrar negocios privados, sino también a la capacidad procesal, que es la capacidad para actuar en juicio, a la capacidad política, que es la idoneidad para ejercer un derecho político mediante el voto, y a la propia capacidad penal, que es la idoneidad de un sujeto para cometer actos calificables como delitos y para que le sean imputados como responsable de ellos.

Esta doble generalización, de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar, presenta por otra parte múltiples ventajas. Permite vincular a los dos tipos de capacidad todos los diferentes tipos de situaciones y de actos: de un lado los poderes y los deberes, las funciones y las competencias, las prohibiciones penales y las obligaciones civiles, los derechos fundamentales y los patrimoniales, y de otro lado los actos negociales y las resoluciones administrativas, los cumplimientos y los actos ilícitos. En particular, como se verá en el § 11.2, permitirá distinguir los derechos fundamentales en los que llamaré ‘derechos primarios’ y esos derechos-poder que llamaré ‘derechos secundarios’, dependiendo de que correspondan a las personas en virtud de su capacidad jurídica y por tanto de su simple identidad de ‘personas’, como la libertad personal o los derechos sociales, o en virtud de su capacidad de obrar, como el derecho de voto, la potestad negocial, el derecho de actuar en juicio y otros similares.

Al mismo tiempo nuestra generalización permite identificar en las dos figuras de capacidad los parámetros y los fundamentos tanto de la igualdad como de la desigualdad jurídica. En primer lugar, en efecto, las dos capacidades expresan los dos sentidos en los que podemos entender la noción de *igualdad jurídica*: la igualdad *en droits*, es decir, en el *ser titulares* de los que llamaré ‘derechos fundamentales’ y que corresponden a todas las personas naturales en cuanto tales o en cuanto capaces de obrar; y la igualdad de estatus o en las capacidades mismas, es decir,

en la abstracta posibilidad para esas mismas personas de *llegar a ser titulares* de situaciones no fundamentales y de ser autores de los actos que las producen o que disponen de las mismas. Pero además, este segundo tipo de igualdad puede a su vez ser visto, con aparente paradoja, como el vehículo de las desigualdades económicas y sociales en las formas de la *desigualdad jurídica*, que es el resultado de la adquisición de situaciones desiguales en virtud del diferente ejercicio de la capacidad de obrar en la esfera del mercado. Si en efecto, como veremos en el capítulo XI, la capacidad jurídica designa la igual posibilidad de llegar a ser titulares de situaciones, y por lo tanto también de ‘derechos patrimoniales’ por su naturaleza desiguales, la capacidad de obrar es el presupuesto del ejercicio de esos particulares derechos fundamentales que llamaré ‘civiles’ o de ‘autonomía privada’ (D11.8) y que corresponden a derechos-poder totalmente singulares e inconfundibles: aunque consisten en derechos fundamentales que corresponden a las personas naturales en condiciones de igualdad, permiten en efecto, mediante los actos de disposición y de intercambio que son ejercicio de los mismos, la ilimitada diferenciación de las situaciones jurídicas no fundamentales.

Debe advertirse finalmente que la personalidad y las dos capacidades, jurídica y de obrar, no agotan las formas de subjetividad jurídica. No están ahí contempladas, como se ha dicho en el § 7.1, las figuras de imputabilidad que no suponen ninguna capacidad, como la simple imputabilidad de actos y de situaciones: es el caso ya mencionado, con referencia al derecho italiano, de los *nascituri*, que pese a no estar dotados de capacidad jurídica pueden adquirir derechos patrimoniales por sucesión o donación (art. 1, apart. 2.º, del Código Civil italiano); de los órganos de personas jurídicas (D7.15) y de las asociaciones y las «sociedades sin personalidad jurídica»²⁷ y a las que sin embargo les son imputables situaciones, además de los actos realizados por cuenta de las mismas por personas naturales; y en fin, de sujetos colectivos, como los pueblos, a los que, como se ha visto, aunque no son personas también les son imputadas situaciones. Precisamente para dar cuenta de tales fenómenos he introducido, junto a la categoría de las personas, la de los sujetos jurídicos: entre los cuales figuran no sólo las personas (T7.10) sino también aquellos sujetos que no son personas y a los que sin embargo les son imputables actos de los que otros son autores (T7.29) o son titulares de situaciones que deben ser actuadas por otros (T7.30).

T7.29 $(z')(M(\exists x)(IMPz'x \cdot ATTx \cdot (\exists z'')AUTz''x) \rightarrow SGGz')$ T7.8

T7.30 $(z')((TITz'y \cdot SITy \cdot M(\exists x)(ATZxy \cdot ATTx \cdot (\exists z'')AUTz''x)) \rightarrow SGGz')$

D7.4, T3.22, T6.22

La diferencia entre subjetividad (o imputabilidad) jurídica y personalidad reside en el hecho de que ésta, a diferencia de aquélla y al igual que las dos capacidades que la componen, es un estatus jurídico (T7.4 y T7.27-T7.28) instituido por un precepto constitutivo (T7.31, T7.32).

Por lo demás, ya se ha visto, todos los estatus jurídicos son tales porque son *positivos*, es decir, no originarios ni «naturales» sino causados por los actos que los estipulan (D7.1 y T7.2). Esto es así porque los estatus, al igual que las situaciones, son siempre calificaciones jurídicas, o sea, significados prescriptivos consistentes en identidades o estatus: más exactamente, son los significados de los propios preceptos constitutivos (T7.32), a los que en el capítulo IX llamaré «actos constitutivos» (D9.10) y de los que, como entonces se verá, son también los efectos (T9.72, T9.74-T9.76)²⁸.

T7.31 $(y)((SITy \vee STGy) \rightarrow (\exists x)(PRSy \cdot SIGyx \cdot PREx))$

T6.1, T7.2, T4.7, T4.10

T7.32 $(y)(z)((PTAyz \vee CPAyz \vee CPGyz) \rightarrow (\exists x)(SIGyx \cdot PCOx))$

T7.1, T7.7, T7.24, T7.26

En el ordenamiento italiano, por ejemplo, los preceptos constitutivos de estatus personales vienen expresados en algunos casos en forma de reglas tético-constitutivas, y en otros mediante preceptos de tipo singular previstos y disciplinados por reglas hipotético-constitutivas. Así, la capacidad jurídica y por tanto la personalidad de las personas naturales son los efectos y al mismo tiempo los significados de las reglas tético-constitutivas derivadas del ya recordado artículo 1 del Código Civil («la capacidad jurídica se adquiere en el momento del nacimiento»). Por el contrario, la capacidad jurídica y la personalidad de las personas artificiales (o jurídicas) son a la vez el significado y el efecto del precepto constitutivo consistente en el decreto de «reconocimiento» previsto por la regla hipotético-constitutiva establecida por el artículo 12 del Código Civil. La capacidad de obrar, en cambio, es el significado expresado por la regla tético-constitutiva establecida por el artículo 2 del Código Civil, según el cual «con la mayoría de edad», «fijada en el cumplimiento de los dieciocho años», la persona física «adquiere la capacidad de realizar todos los actos para los que no se haya establecido una edad distinta». Y en fin, la ciudadanía, de la que hablaré en el § 7.10, dependiendo de que sea conferida directamente por la ley o concedida caso por caso mediante resoluciones administrativas, es el significado de preceptos constitutivos expresados en forma de reglas tético-constitutivas o de preceptos singulares previstos por reglas hipotético-constitutivas.

7.5. *El tercer postulado del positivismo jurídico.*

Sujetos constituyentes y sujetos constituidos

Tenemos, pues, cuatro figuras subjetivas, de extensión creciente y de intensión decreciente, de las cuales sólo las tres primeras son estatus jurídicos: la capacidad de obrar, la capacidad jurídica, la personalidad y la imputabilidad (o subjetividad) jurídica; sin contar la simple subjetividad

o imputabilidad deóntica, que es la más genérica de todas. No obstante, al menos en los ordenamientos modernos, la personalidad comporta siquiera la capacidad jurídica, de manera que, siendo también válida en el plano teórico la tesis inversa (T7.19), en tales ordenamientos personalidad y capacidad jurídica son equivalentes entre sí. En el derecho italiano, por ejemplo, en virtud del artículo 1 del Código Civil son jurídicamente capaces todas las personas físicas; y lo son también las personas jurídicas, las cuales, al igual que los menores y los enfermos mentales, y precisamente porque son —como ahora veremos— personalmente incapaces de obrar, recaban de la capacidad jurídica su identidad de personas o personalidad. Pero también pueden ser titulares de situaciones algunos sujetos desprovistos de capacidad jurídica: éste es precisamente el caso tantas veces recordado de los sujetos jurídicos carentes de personalidad, como los *nascituri* o las asociaciones no reconocidas, que aun careciendo de cualquier estatus jurídico son titulares de derechos o de otras situaciones jurídicas. Y nada impide que el derecho positivo cree nuevas formas de subjetividad jurídica: por ejemplo, confiriendo derechos a los animales o a otras entidades naturales, o configurando nuevas figuras o tipos de sujetos jurídicos artificiales.

Diferente discurso debe hacerse, en cambio, para la capacidad de obrar, que evidentemente no puede ser extendida a quien, por carencia de materialidad, no puede ser materialmente autor de actos. Por eso he establecido, con el postulado P12, que quien puede ser sujeto y, por lo tanto, autor de actos, aun cuando sea gracias al específico estatus que le confiere una causa, no puede ser él mismo una ficción jurídica instituida a su vez por una causa.

P12 *Si alguien está en condiciones de ser sujeto de un comportamiento consistente en una causa, entonces no es a su vez producto de una causa y está dotado de un estatus a su vez regulado por una causa.*

$$(z)(M(\exists x2)(\exists y2)(SOGz \cdot COMx2 \cdot CAUx2y2) \rightarrow (\neg(\exists x1)CAUx1z \cdot (\exists y1)(\exists x1)(STAy1z \cdot REGy1 \cdot CAUx1y1)))$$

Esta tesis, de significado un tanto duro porque sólo está formulada en los términos primitivos, puede ser ahora transformada en dos simples corolarios. El primero es que la idoneidad de un sujeto para ser autor de actos es establecida por el derecho mediante la atribución de un apropiado estatus jurídico (T7.33) que, como se ha visto, es la capacidad de obrar (D7.7). El segundo es que no puede hablarse de esta última en referencia a los sujetos artificiales, o sea, los que consisten en efectos de actos (T7.34), materialmente imposibilitados, como es obvio, para obrar en persona.

$$T7.33 (z)(M(\exists x)(AUTzx \cdot ATTx) \rightarrow (\exists y)(STGyz \cdot SOGz))$$

P12, T5.30, D3.1, D7.1

$$T7.34 \quad (z)(M(\exists x2)(AUT_{zx2} \cdot ATT_{x2}) \rightarrow \neg(\exists x1)(ATT_{x1} \cdot CAU_{x1z}))$$

P12, T5.30, D3.1

De acuerdo con el primero de estos dos corolarios y con nuestra noción de persona (D7.3, T7.5) se puede demostrar, pues, que esa particular potencialidad que es la idoneidad para ser autores de actos y por lo tanto para producir efectos jurídicos, al consistir en el estatus jurídico de la capacidad de obrar (T7.37, T7.38, D7.7), siempre es preconstituida en personas (T7.35), que son las únicas que pueden ser autoras (T7.36). En cambio, no requiere lo mismo la idoneidad para ser titulares de situaciones, que no siempre supone el estatus de la capacidad jurídica. Hay por lo tanto una asimetría entre las dos idoneidades, paralela a la que ya se señaló en el § 3.3 entre la condición de autores de comportamientos y la de titulares de modalidades o expectativas. Titulares de situaciones pueden ser, además de las personas, algunos sujetos jurídicos carentes de personalidad y de capacidad jurídica. Autores de actos, en cambio, sólo pueden ser las personas capaces de obrar (T7.21, T7.38, T7.39).

$$\begin{array}{ll} T7.35 \quad (z)(M(\exists x)(AUT_{zx} \cdot ATT_x) \rightarrow PES_z) & T7.33, T7.5 \\ T7.36 \quad (x)(ATT_x \rightarrow (\exists z)(AUT_{zx} \cdot PES_z)) & T5.25, T7.35 \\ T7.37 \quad (z)((\exists y)CPA_{yz} \equiv M(\exists x)(AUT_{xz} \cdot ATT_x)) & D7.7, T7.33 \\ T7.38 \quad (z)(CAA_z \equiv M(\exists x)(AUT_{xz} \cdot ATT_x)) & T7.37, T7.23 \\ T7.39 \quad (x)(ATT_x \rightarrow (\exists z)(AUT_{zx} \cdot CAA_z)) & T5.25, T7.38 \end{array}$$

Pero capaces de obrar, por supuesto, no pueden ser las ficciones jurídicas sino sólo los sujetos de carne y hueso. Es lo que afirma el segundo corolario (T7.34) de nuestro postulado P12, según el cual no pueden ser autores de actos, y no son por tanto capaces de obrar, los sujetos creados por otros actos (T7.40, T7.41), como son precisamente las personas jurídicas o artificiales (T7.42, T7.43). Estas personas, al ser ficciones, no pueden obrar sin la intervención de personas naturales, que evidentemente son las únicas capaces de obrar (T7.44). Así pues, a diferencia de la capacidad jurídica, la capacidad de obrar es un estatus más restringido que la personalidad, y está limitado a las personas naturales que son las únicas que pueden tener los requisitos psico-físicos para ello. Existe por eso una disociación inevitable entre personalidad y capacidad de obrar provocada por la existencia de personas incapaces que hace necesario, precisamente para permitir que a éstas les sean imputados actos y situaciones, el recurso a las formas de representación necesaria de las que hablaré en el § 7.7: como la representación orgánica de las personas jurídicas y la legal de los menores y los enfermos mentales.

$$\begin{array}{ll} T7.40 \quad (z)((SOG_z \cdot (\exists x1)CAU_{x1z}) \rightarrow \neg M(\exists x2)(AUT_{zx2} \cdot ATT_{x2})) & T7.34, T5.30 \\ T7.41 \quad (z)((SOG_z \cdot (\exists x1)CAU_{x1z}) \rightarrow \neg CAA_z) & T7.40, T7.38 \\ T7.42 \quad (z)(PAR_z \rightarrow \neg M(\exists x)(AUT_{zx} \cdot ATT_x)) & D7.6, T7.40, T7.3, D5.1 \end{array}$$

T7.43 (z)(PARz \rightarrow \neg CAAz)

T7.38, T7.42

T7.44 (z)(CAAz \rightarrow PNAz)

T7.43, T7.20, T7.16

Llamo al postulado P12 y al conjunto de las tesis que de él derivan *tercer postulado del positivismo jurídico*. Dicho postulado enuncia el fundamento humano, además de artificial, del derecho positivo y se revelará por tanto central en la teoría de la democracia. En efecto, de él se deriva que los actos jurídicos siempre tienen como autores a personas naturales de carne y hueso (T7.45), que son las únicas que pueden materialmente realizarlos (T7.46), y nunca a personas artificiales (T7.47), a las que, como veremos en el § 7.7, sólo les son imputables a través de las personas naturales que las representan. Y puesto que por definición las propias personas artificiales son producidas por actos, tales personas se configuran como «artificios» cuyos «artífices» son precisamente las personas naturales autoras de esos actos (T7.48).

T7.45 (x)(ATTx \rightarrow (\exists z)(AUTzx \cdot PNAz))

T7.39, T7.44

T7.46 (z)(M(\exists x)(AUTzx \cdot ATTx) \rightarrow PNAz)

T7.44, T7.38

T7.47 (x)(ATTx \rightarrow (\exists z)(AUTzx \cdot \neg PARz))

T7.45, T7.16

T7.48 (z")(PARz" \rightarrow (\exists x)(\exists z)(EFFz"x \cdot ATTx \cdot AUTz"x" \cdot PNAz'))

D7.6, T7.43

Excluido, pues, que puedan ser autoras de actos, las personas artificiales son personas en la medida en que pueden ser titulares de situaciones (T7.49), o sea, jurídicamente capaces (T7.50). Por consiguiente su personalidad se identifica con su capacidad jurídica (T7.51, T7.52)²⁹, pues no tienen la capacidad de obrar (T7.53). En cuanto a los actos, al no poder ser las personas artificiales autoras de los mismos (T7.54), sólo les pueden ser imputados. De acuerdo con nuestra definición de imputación, en efecto, si un sujeto es titular de una modalidad activa, entonces se le imputa también el comportamiento que es actuación de la misma (T3.27, T7.55). Y puesto que una persona artificial siempre es virtualmente titular de situaciones (T7.49), también le son imputables, cuando sean situaciones activas, los actos que en su nombre y por su cuenta son actuación de las mismas (T7.56).

T7.49 (z)(PARz \rightarrow M(\exists x)(TITzy \cdot SITy))

T7.5, T7.15, T7.38, T7.43

T7.50 (z)(PARz \rightarrow CAGz)

T7.49, T7.22, D7.6

T7.51 (y)(z)((PTAyz \cdot PARz) \rightarrow CPGyz)

D7.2, T7.49, D7.8

T7.52 (y)(z)((PTAyz \cdot PARz) \equiv (CPGyz \cdot PARz))

T7.51, T7.19

T7.53 (y)(PARz \rightarrow \neg (\exists y)CPAyz)

T7.42, D7.7

T7.54 (z)(PARz \rightarrow \neg M(\exists x)(AUTzx \cdot ATTx))

P12, D7.6, D5.1, D3.1, T5.30

T7.55 (z)(y)(x)((TITzy \cdot MODyx \cdot COMx) \rightarrow (IMPzx \cdot ATZxy))

T3.24, D2.7

T7.56 (z)(y)((PARz \cdot TITzy \cdot SIAy) \rightarrow M(\exists x)(IMPzx \cdot ATTx \cdot ATZxy))

T7.55, T5.16, D6.3

Hay además otro tipo de consecuencias no menos importante. Si es verdad que las personas artificiales son causadas por actos, entonces no

pueden ser constituyentes (T7.57), dado que sobre la base del postulado P13 nunca es constituyente lo que es causado por algo (T5.50). Constituyentes sólo pueden ser los sujetos no instituidos por actos y por tanto naturales (T7.58): es decir, los seres humanos, a los que no llamamos ‘personas naturales’ (del ordenamiento constituido por ellos) porque la personalidad es un estatus jurídico producido por el derecho (T7.4) y por consiguiente no se puede hablar de ella antes de la fundación del derecho mismo.

T7.57 (z)(PARz \rightarrow \neg COSz) D7.6, D5.1, T5.50
 T7.58 (z)((SOGz \cdot COSz) \rightarrow (SOGz \cdot \neg (\exists x)CAUxz)) P13

En suma, personas naturales y personas artificiales, seres humanos de carne y hueso y artificios jurídicos, representan figuras no sólo distintas sino contrapuestas, las primeras en cuanto autores, artífices o creadores de las segundas y las segundas en cuanto instrumentos, artificios o criaturas de las primeras.

Se comprende la importancia de esta oposición no sólo para la teoría del derecho sino también para la filosofía política. Mientras que las personas naturales son el presupuesto del derecho, del que son fundadoras, las personas artificiales, incluidas esas particulares personas que son el Estado y el resto de instituciones políticas, presuponen el derecho, por el que son fundadas. Más exactamente, como se verá en la tercera parte, en esta oposición entre personas naturales y personas artificiales se funda la relación entre el poder constituyente, que corresponde a las primeras, y los poderes constituidos, incluidos todos los poderes públicos, que corresponden a las segundas. Además, como se verá en la cuarta parte, esta misma oposición asume una connotación axiológica dentro de esa específica formación que es el estado democrático de derecho: en la cual, mientras que las personas naturales se asumen como «valores», y por tanto como *fin*es y fundamentos axiológicos del derecho, las personas artificiales —desde el Estado a los demás entes públicos, y desde las fundaciones a las sociedades mercantiles— se configuran como *medios*, fundados por las primeras para la garantía de sus intereses vitales.

Es en la convención de este nexo funcional, realizado mediante la estipulación de los ‘derechos fundamentales’ de las personas naturales, en lo que se basa la justificación política —a la que en el § 8.12 llamaré la ‘razón social’— del edificio estatal y de todo el derecho positivo. En efecto, de un lado la tesis de la artificialidad del derecho y del Estado, clásicamente formulada por Hobbes en los orígenes de la Edad Moderna³⁰, permite evidenciar su condición de «productos» humanos, instituidos por ese particular acto constitutivo que es la instauración del sujeto estatal y del correspondiente ordenamiento y que se identifica con la actividad constituyente³¹. De otro lado, la configuración como «naturales» de las personas humanas y su contraposición, en cuanto no producidas por el derecho, a las personas artificiales, permiten cifrar en

su natural *autonomía* el fundamento positivo de todo fenómeno jurídico: en el sentido de que sólo ellas pueden ser los sujetos constituyentes del derecho positivo y, como veremos, los portadores del punto de vista «externo» al mismo³².

Resulta además superfluo añadir que esta relación, aun siendo necesaria, no es desde luego suficiente para fundar la democracia. De hecho bien puede suceder que las personas naturales constituyentes sean individuales sujetos soberanos, según el paradigma *rex facit legem*, o limitadas oligarquías de personas; o peor aún, que no todos los seres humanos, como ha ocurrido en el pasado, sean reconocidos como personas. Lo que se requiere para que un ordenamiento sea calificable como «democrático» es que se satisfagan dos condiciones adicionales, una formal y otra sustancial, que en el capítulo XII identificaré como condiciones contrafácticas de la democracia constitucional: la primera es que los poderes de gobierno constituidos se ejerzan por medio de representantes de todas las personas naturales, identificadas a su vez con el conjunto de todos los sujetos que colectivamente forman el ‘pueblo’ (D7.16); la segunda es que dichos poderes estén sometidos a los límites y vínculos estipulados, para garantía de todos, en forma de separación de poderes y de derechos fundamentales (D12.22).

Nuestras tesis relativas a las ‘personas’ son por lo tanto, como todas las tesis teóricas, ideológicamente neutrales. Pero esto no empece su relevancia práctica. En contraste con las diversas metafísicas estatistas que subyacen a las doctrinas iuspublicistas de la soberanía estatal³³, dichas tesis afirman que ‘constituyentes’ sólo son los sujetos naturales (T7.58), es decir, los seres humanos de carne y hueso a quienes corresponde en exclusiva el poder constituyente que está en el origen de todo el derecho positivo, que no corresponde a los Estados ni a otros sujetos constituidos análogos. En efecto, sólo éstos son capaces de obrar (T7.44), mientras que no lo son las personas jurídicas o artificiales, que son por ello no sólo constituidas sino también accionadas, en nombre suyo y por cuenta suya, por otros seres humanos.

Por lo demás, tampoco esta tesis es en absoluto pacífica en la doctrina jurídica, que parte de una concepción antropomórfica de las personas jurídicas denominada «teoría orgánica», que, mediante la identificación de sus órganos con las personas que son sus representantes³⁴, las asimila en todo a las personas físicas asignándoles también la capacidad de obrar³⁵. La metáfora antropomórfica, en efecto, es hasta tal punto tomada en serio que se olvida que es simplemente una metáfora y se la confunde con la realidad: si es verdad, se dice, que la persona jurídica ha sido inventada para explicar la comisión de los actos que se le imputan, entonces es capaz de obrar igual que las personas físicas capaces de obrar³⁶. Nuestro postulado P12 excluye radicalmente este antropomorfismo, reservando la capacidad de obrar únicamente a las personas naturales y configurando como simple «imputación de actos» la ficción jurídica de la actividad de las personas artificiales por medio de aqué-

llas. Dicho postulado invierte así las tesis, prevalentes en la doctrina, según las cuales las personas jurídicas no tendrían capacidad jurídica pero tendrían capacidad de obrar. Estas entidades artificiales, en mi opinión, tienen evidentemente capacidad jurídica al ser titulares de situaciones. Pero, aún más evidentemente, no tienen capacidad de obrar, pues los actos que se les imputan sólo pueden ser realizados en virtud de la relación que mantienen con las personas físicas que actúan en su nombre. Es esta complicada relación de imputación, denominada ‘representación’, lo que debemos analizar ahora, para afrontar después, en el § 10.5, la difícil cuestión de la ‘representación orgánica’ que vincula entre sí a personas artificiales y personas naturales. Primero, sin embargo, es preciso introducir el concepto de ‘relación jurídica’.

7.6. *Las relaciones jurídicas y la red de las garantías*

Se ha dicho en el § 3.4 que dos sujetos están entre sí en una relación deóntica cuando a uno se le imputa una expectativa y al otro la correspondiente obligación o prohibición. De ahí se ha deducido, en el § 6.9, que esa relación vincula asimismo a los sujetos a los que se les imputan situaciones pasivas, o sea, consistentes en expectativas, con aquellos a los que se les imputan las correlativas situaciones activas de obligación o prohibición (T6.72-T6.73) que constituyen, se ha añadido, las garantías de las primeras (T6.68-T6.71). Podemos ahora llamar ‘*relación jurídica*’³⁷ a la relación deóntica que existe entre tales sujetos, los cuales, por otra parte, en la medida en que les son imputables situaciones, son, por definición, sujetos jurídicos (D7.4).

D7.11 ‘*Relación jurídica*’ es la relación deóntica entre dos sujetos jurídicos a uno de los cuales se le imputa una situación pasiva, sea ésta positiva o negativa, y al otro la situación activa consistente en la obligación o prohibición correspondiente a la primera.

$$(z')(z'')(RAGz'z'' \equiv (\exists y)(\exists y'')(RADz'z'' \cdot SGGz' \cdot SGGz'' \cdot IMPz'y' \cdot SIPy' \cdot IMPz''y'' \cdot SIAy'' \cdot M(\exists x)((ASP'y'x \cdot OBLy''x) \vee (ASP'y' \perp x \cdot DIVy''x)) \cdot ATTx)))$$

De aquí se sigue que las relaciones jurídicas son las relaciones deónticas entre sujetos a los que se les imputan situaciones pasivas y sujetos a los que se les imputan las situaciones activas que constituyen las *garantías* de las primeras (T7.59). Y puesto que cada (sujeto al que se le imputa una) situación pasiva está en relación jurídica con (otro sujeto al que se le imputa) una correspondiente situación activa (T7.60, T7.61), y viceversa (T7.62, T7.63), todo el derecho positivo se configura como una compleja red de relaciones jurídicas intersubjetivas y al mismo tiempo como un igualmente complejo *sistema de garantías*.

- T7.59 $(z')(z'')(RAGz'z'' \rightarrow (\exists y')(\exists y'')(RADz'z'' \cdot SGGz' \cdot SGGz'' \cdot IMPz'y' \cdot SIPy' \cdot IMPz''y'' \cdot SIAy' \cdot GARy'y''))$ D7.11, D3.5, T3.35
- T7.60 $(z')(y')(x)((SGGz' \cdot IMPz'y' \cdot SIPy' \cdot ASPy'x \cdot ATTx) \rightarrow (\exists z'')(\exists y'')(RAGz'z'' \cdot SGGz'' \cdot IMPz'y'' \cdot SIAy'' \cdot OBLy''x \cdot ATTx))$ D7.11, D3.4, T6.66, T6.62, D7.4
- T7.61 $(z'')(y'')(x)((SGGz'' \cdot IMPz''y'' \cdot SIAy'' \cdot OBLy''x \cdot ATTx) \rightarrow (\exists z')(\exists y')(RAGz'z' \cdot SGGz' \cdot IMPz'y' \cdot SIPy' \cdot ASPy'x \cdot ATTx))$ D7.11, D3.4, T6.66, T6.62, D7.4
- T7.62 $(z')(y')(x)((SGGz' \cdot IMPz'y' \cdot SIPy' \cdot ASPy'x \cdot ATTx) \rightarrow (\exists z'')(\exists y'')(RAGz'z'' \cdot SGGz'' \cdot IMPz'y'' \cdot SIAy'' \cdot DIVy''x \cdot ATTx))$ D7.11, T3.30, T6.67, T6.62, D7.4
- T7.63 $(z'')(y'')(x)((SGGz'' \cdot IMPz''y'' \cdot SIAy'' \cdot DIVy''x \cdot ATTx) \rightarrow (\exists z')(\exists y')(RAGz'z' \cdot SGGz' \cdot IMPz'y' \cdot SIPy' \cdot ASPy'x \cdot ATTx))$ D7.11, T3.30, T6.67, T6.62, D7.4

Esta red de relaciones intersubjetivas, que se especificará ulteriormente en los §§ 10.13 y 10.16 con las tesis T10.174-T10.177 y T10.208-T10.237, se añade, completándola, a la de los actos y las situaciones que fue ilustrada en el § 6.7. Tendremos de este modo dos redes entrelazadas —una de actos y situaciones, así como de signos y significados, que se hallan entre sí en relaciones de grado, y la otra de sujetos que se hallan entre sí en relaciones jurídicas— que corresponden a otras tantas imágenes nomodinámicas del derecho positivo: la imagen *objetiva* de las transformaciones y relaciones de producción del derecho, que conectan entre sí a todos los actos y situaciones, y la *intersubjetiva* de las relaciones jurídicas que conectan entre sí a todos los sujetos del ordenamiento. Como veremos, el conjunto de estas dos redes permite armar el paradigma garantista del estado de derecho. Porque, en efecto, si la red de las relaciones jurídicas es interpretable como una red de garantías, la de los actos y situaciones es interpretable también a partir de la estructura en grados, que es el presupuesto de la primera al estar en la base del principio de legalidad y más exactamente de los límites y vínculos garantistas impuestos por los niveles normativos de grado supraordenado a los de grado subordinado.

Por otra parte, la red intersubjetiva de las garantías puede interpretarse también, al igual que la objetiva, en sentido horizontal o en sentido vertical, dependiendo de que los sujetos con los que las personas titulares de expectativas entran en relación sean privados o públicos. Definiré en el § 11.15 la noción de ‘esfera pública’ como la encargada de la gestión de intereses generales y de la garantía de derechos fundamentales (D11.36). Pero podemos indicar ya que existen situaciones activas y correlativas situaciones pasivas (*singuli* y *erga singulum*), como las de débito y las de crédito, que se remiten a sujetos privados y dan lugar a relaciones jurídicas bilaterales de tipo civil o mercantil; y situaciones, en cambio, como los derechos de libertad (*omnium* y *erga omnes*) y los derechos sociales (*omnium* y *erga singulum*) que también dan lugar a relaciones jurídicas con la esfera pública, a la que pertenecen las correlativas prohibiciones de lesión y obligaciones de prestación.

Ahora bien, mientras que las relaciones horizontales entre particulares son aquellas con las que está tejida la esfera civil de las relaciones de *mercado*, las relaciones verticales entre esfera pública y ciudadanos son aquellas en las que se basa la *obligación política*. Normalmente, cuando se habla de «obligación política» se la concibe como una obligación de los ciudadanos hacia el Estado. En el estado constitucional de derecho, en cambio, tal obligación es cuando menos recíproca. Como poco, los derechos fundamentales de las personas y/o de los ciudadanos y la construcción de una esfera pública encargada de su tutela o satisfacción mediante las prohibiciones y obligaciones que constituyen sus garantías, están en él en primer plano, como su justificación o razón de ser constitucionalmente sancionada.

Desgraciadamente, como veremos en su momento, bien puede suceder que el sistema sea —y de hecho es— ampliamente incompleto porque existan importantes lagunas. Los derechos sociales, en particular, suelen ser enunciados sin estipular correlativamente, con cargo a sujetos públicos concretos, las obligaciones que constituyen sus garantías. Pero esto, como se dijo en el § 3.5, representa una imperfección del derecho, paradójicamente vinculada a ese mismo carácter «positivo» que le es propio y que permite a la ciencia jurídica registrarla, criticarla y en consecuencia promover su superación.

7.7. *La representación*

Las relaciones jurídicas, en la medida en que abarcan todas las relaciones entre situaciones pasivas y situaciones activas, son de lo más diverso y heterogéneo. De crédito y de débito, de sometimiento y potestad, de carácter público y de carácter privado.

Aquí interesa aislar de entre todas ellas una clase particular de enorme relevancia teórica: la de las relaciones de representación, que a su vez median ulteriores relaciones jurídicas indirectas, es decir, a través de representantes. Se trata de las relaciones que se instauran cuando, como se ha visto desde el § 3.3, no existe coincidencia entre autor de un acto y titular de la situación activa de la que el acto es actuación: es el caso de las situaciones activas cuyos titulares son personas incapaces de obrar, como las personas jurídicas y los menores, y cuyas actuaciones son simultáneamente imputadas, como puede demostrarse en base a la tesis T3.23, tanto a las propias personas incapaces cuanto a las personas capaces de obrar que, en nombre y por cuenta de las primeras, son los autores de las mismas (T7.64).

$$\begin{array}{l} \text{T7.64 } (z)(x)((\exists y)(\text{TIT}zy \cdot \text{SIA}y \cdot \text{MOD}yx \cdot \text{ATT}x) \vee (\text{AUT}zx \cdot \text{ATT}x)) \rightarrow \\ (\text{IMP}zx \cdot \text{ATT}x) \end{array} \quad \text{T3.23, T5.16}$$

Esta disociación posible entre ‘autor’ de un acto y sujeto al que le es ‘imputado’ reviste una importancia central en la fenomenología del derecho, pues entre otras cosas caracteriza a todas las personas artificiales, empezando por el Estado, que como se ha visto son estructuralmente incapaces de obrar. En ella se basa el fenómeno de la ‘representación’, que es la relación jurídica en virtud de la cual a un sujeto le son imputables, en actuación de las situaciones de las que es titular, los actos que otro ha realizado en su interés y nunca en el propio. Podemos llamar ‘representante’ al sujeto que en virtud de tal relación tiene la obligación de realizar en interés del otro los actos que le son imputados a éste, y ‘representado’ al sujeto que tiene la correlativa expectativa de que el otro actúe en su interés las situaciones de las que él es titular. Y diremos que los actos del primero son *en nombre* del segundo porque se le imputan a él, y *por su cuenta* porque se efectúan en su interés³⁸.

D7.12 ‘Representación’ es la relación jurídica en virtud de la cual un sujeto jurídico está obligado a satisfacer las expectativas y a tutelar los intereses de otro sujeto, al que le son imputables los actos realizados por el primero en actuación de situaciones de las que es titular el segundo, y sin que entre los dos pueda existir ningún conflicto de intereses.

$$(z')(z'')(RAPz'z' \equiv (RAGz'z' \cdot SGGz' \cdot SGGz'' \cdot (\exists y')(\exists y'')(\exists y)(IMPz'y' \cdot TITz''y'' \cdot M(\exists x)(OBLy'x \cdot ATZxy' \cdot SODxy'' \cdot ASPy''x \cdot INTy''x \cdot IMPxz'' \cdot \neg M(\exists w)(INTw \perp x \cdot SOGz'w) \cdot ATTx \cdot AUTz'x \cdot ATZxy) \cdot SITy \cdot TITz'y))))$$

D7.13 ‘Representante’ es el sujeto jurídico vinculado por una relación jurídica a otro sujeto en cuyo interés, y sin que pueda existir conflicto con los intereses propios, debe realizar los actos a él imputables en actuación de las situaciones de las que es titular.

$$(z')(z'')(RNTz'z' \equiv (SGGz' \cdot RAGz'z'' \cdot SGGz'' \cdot (\exists y')(\exists y'')(\exists y)(IMPz'y' \cdot TITz''y'' \cdot M(\exists x)(INTy''x \cdot SODxy'' \cdot ASPy''x \cdot \neg M(\exists w)(INTw \perp x \cdot SOGz'w) \cdot OBLy'x \cdot ATZxy' \cdot ATTx \cdot AUTz'x \cdot IMPxz'' \cdot ATZxy) \cdot SITy \cdot TITz'y))))$$

D7.14 ‘Representado’ es el sujeto jurídico vinculado por una relación jurídica a otro sujeto en relación con el cual tiene la expectativa de que realice en su interés, sin que pueda existir conflicto con los intereses propios, los actos que le son imputados en actuación de las situaciones de las que es titular.

$$(z')(z'')(RTOz'z' \equiv (SGGz'' \cdot RAGz'z' \cdot SGGz' \cdot (\exists y')(\exists y'')(\exists y)(TITz''y'' \cdot IMPz'y' \cdot M(\exists x)(ASPy''x \cdot AUTz'x \cdot ATTx \cdot SODxy'' \cdot INTy''x \cdot \neg M(\exists w)(INTw \perp x \cdot SOGz'w) \cdot ATZxy' \cdot OBLy'x \cdot IMPxz'' \cdot ATZxy) \cdot SITy \cdot TITz'y))))$$

Se observa fácilmente que ‘representación’, ‘representante’ y ‘representado’ están definidos por los mismos términos, aunque dispuestos de manera diferente en las respectivas definiciones, y por lo tanto se implican recíprocamente (T7.65-T7.67). Además, puesto que su relación es una relación jurídica, y por lo tanto deóntica, uno de ellos, en concre-

to el representado, es titular no sólo de las situaciones actuables por el representante sino también de la expectativa de su actuación por parte de éste (T7.68), investido a su vez del correlativo (poder-)deber de llevar a cabo los actos que la satisfacen (T7.69). Estos actos, por lo tanto, serán realizados por el representante en actuación, simultáneamente, de al menos tres situaciones: del poder-deber de representación del que él mismo es titular; de las situaciones que él representa y que le son imputadas, de las que es titular el representado; y de la expectativa de éste a la actuación de dichas situaciones (T7.70). Es también evidente que mientras que al representado únicamente se le exige la imputabilidad o subjetividad jurídica, en cuanto que a él simplemente se le imputan (pero no es autor de) los actos realizados por cuenta suya por el representante (T7.71), a éste se le exige también la capacidad de obrar (T7.72). Y puesto que sólo son capaces de obrar las personas naturales (T7.44), sólo éstas pueden actuar como representantes (T7.73). Esto no quita para que también a una persona jurídica se le pueda conferir el poder para obrar por cuenta de un representado. Sólo que en tal caso, como mostraré en el § 10.5, decir que el ‘representante’ es la persona jurídica es una fórmula elíptica. En realidad, gracias al poder que se le ha otorgado, la persona jurídica asume, a través de sus representantes o funcionarios, el deber-poder ejercitable por estos mismos en nombre y por cuenta del representado. De manera que la representación corresponde, en este caso, a una doble relación de representación: la que existe entre el representado y la persona jurídica representante, y la que existe entre ésta y las personas físicas de sus representantes o funcionarios, a la que en su momento llamaré ‘representación orgánica’ (D10.8).

T7.65 (z')(z'')(RAPz'z'' ≡ RNTz'z'')	D7.12, D7.13
T7.66 (z')(z'')(RAPz'z'' ≡ RTOz'z'')	D7.12, D7.14
T7.67 (z')(z'')(RNTz'z'' ≡ RTOz'z'')	T7.65, T7.66
T7.68 (z'')(z')(RTOz'z'' → (∃y'')(∃y)(TITz'y' · TITz'y'' · SITy' · M(∃x)(ATZxy · ATTx · AUTz'x · ASPy'x) · RNTz'z''))	D7.14, T7.67
T7.69 (z')(z'')(RNTz'z'' → (∃y')(∃y'')(IMPz'y' · M(∃x)(OBLy'x · ATZxy' · ATTx · SODxy' · ASPy'x · AUTz'x · IMPxz'') · RTOz'z''))	D7.13, T7.67
T7.70 (z')(z'')((∃x)(ATTx · AUTz'x · RNTz'z'') → (∃y')(∃y'')(∃y)(IMPz'y' · TITz'y' · TITz'y'' · RTOz'z' · M(∃x)(ATZxy' · OBLy'x · ATZxy · SITy' · ATZxy' · ASPy'x · IMPxz''))))	D7.13, T7.67, D2.11
T7.71 (z'')(z')(RTOz'z'' → (SGGz' · M(∃x)(IMPz'x · ATTx · AUTz'x) · RNTz'z''))	D7.14, T7.67, T3.15
T7.72 (z')(z'')(RNTz'z'' → CAAz')	T7.69, D7.9
T7.73 (z'')(z')(RNTz'z'' → PNAz')	T7.72, T7.44

Así pues, el fenómeno de la representación complica ulteriormente la estructura subjetiva y organizativa del ordenamiento, que con ello resulta configurada como una red de relaciones jurídicas aún más compleja que la ilustrada en el párrafo precedente: como una red articulada en varias redes de relaciones jurídicas subjetivas, algunas de las cuales son

bilaterales y otras tri- o multilaterales, pues transcurren entre los representantes y los representados y, por otro lado, entre los representados y terceros sujetos a través de los representantes. Esta segunda clase de relaciones caracteriza toda la esfera de la vida pública y gran parte de la vida mercantil, cuyos sujetos son sobre todo personas artificiales que no pueden actuar más que por medio de las personas naturales que las representan. La representación, por otra parte, es una relación jurídica transitiva, en virtud de la cual los actos ejecutados por un representante —que bien puede ser, a su vez, representado por otro representante— le son imputados al sujeto al que representa como actuaciones de las situaciones de las que es titular.

Hay además otro rasgo distintivo de las relaciones de representación que resulta del análisis de nuestras definiciones: la exclusión de todo *conflicto de intereses*, aunque sólo sea virtual, entre sujetos representados y sujetos representantes. Casi todas las demás relaciones jurídicas equivalen a potenciales conflictos de intereses mediados y resueltos por el derecho. La representación es la única relación jurídica que no sólo no media sino que excluye el conflicto de intereses. En efecto, el representante es un sujeto que no puede tener intereses incompatibles con los intereses y expectativas que se imputan al sujeto al que representa y que, en virtud de la relación de representación, él está obligado a satisfacer. He expresado esta incompatibilidad excluyendo la posibilidad de un interés personal del representante tanto en la omisión de actos que está obligado a realizar cuanto en la comisión de actos que está obligado a omitir, o sea, que tiene prohibido realizar, en interés del representado (T7.74, T7.75).

$$\begin{aligned}
 &T7.74 \ (z')(z'')(RNTz'z'' \rightarrow (\exists y')(\exists y'')(\exists y)(SGGz' \cdot RAGz'z'' \cdot SGGz'' \cdot RTOz''z' \cdot \\
 &\quad M(\exists x)(\neg M(\exists w)(INTw \perp x \cdot SOGz'w) \cdot INTy''x \cdot ASPy''x \cdot OBLy'x \cdot \\
 &\quad SODxy'' \cdot ATZxy) \cdot TITz'y'' \cdot IMPz'y' \cdot SITy \cdot TITz'y)) \quad D7.13, T7.67 \\
 &T7.75 \ (z')(z'')(RNTz'z'' \rightarrow (\exists y')(\exists y'')(\exists y)(SGGz' \cdot RAGz'z'' \cdot SGGz'' \cdot RTOz''z' \cdot \\
 &\quad M(\exists x)(\neg M(\exists w)(INTwx \cdot SOGz'w) \cdot INTy'' \perp x \cdot ASPy'' \perp x \cdot DIVy'x \cdot \\
 &\quad ATZ \perp xy) \cdot TITz'y'' \cdot IMPz'y' \cdot SITy \cdot TITz'y)) \quad T7.74, T2.46
 \end{aligned}$$

El conflicto de intereses, excluido por definición de la relación de representación, reside en suma incluso en la sola posibilidad de que un acto que el representante debería efectuar u omitir en actuación de las expectativas y de los intereses del representado sea contrario en el primer caso o convenga en el segundo a su interés personal. He formalizado así la noción de «conflicto de intereses» que se usa en la dogmática civilista. «El contrato concluido por el representante en conflicto de intereses con el representado», dice por ejemplo el artículo 1394 del Código Civil italiano, «puede ser anulado a petición del representado si el conflicto era conocido o reconocible por el tercero». «El administrador que en una determinada operación», añade el artículo 2391, «tiene, por cuenta propia o de terceros, un interés en conflicto con el de la sociedad, debe dar

parte de ello a los otros administradores y al órgano de control interno y vigilancia, y debe abstenerse de participar en las deliberaciones atinentes a dicha operación», bajo su responsabilidad civil o penal por los daños que de ella deriven para la sociedad representada (arts. 2391, 2.º, y 2631). «Si surge conflicto de intereses entre hijos que se hallan bajo la misma patria potestad o entre éstos y el padre», o «entre menores que se hallan bajo la misma tutela» o entre tutor o protutor y menores —disponen los artículos 320, último párrafo, 347 y 360— «el juez tutelar nombrará un curador especial». Se trata, en suma, de un principio general válido para todo género de representación: para la representación voluntaria o negocial, para la representación legal y para la representación orgánica o institucional. Y no sólo. Es un principio que vale tanto en el derecho privado como en el público, en el que incluso suele ser sancionado, por ejemplo por los artículos 323-325 del Código Penal italiano, como delito de «abuso» o de «interés privado en el ejercicio del cargo». Precisamente en la separación entre esfera pública y esfera privada, y por ello en la exclusión de cualquier conflicto con sus propios intereses personales por parte de los sujetos titulares de poderes públicos —sean éstos parlamentarios, judiciales, administrativos o gubernamentales— reside, como se verá en los §§ 12.5, 14.2, 14.5 y 14.6, uno de los rasgos característicos del estado de derecho y antes aún del derecho moderno.

En el § 10.4, donde especificaré ulteriormente este principio (T10.54-T10.56), llamaré ‘funciones’ a las situaciones de poder-deber de las que está investido el representante. La naturaleza de tales funciones y de las respectivas relaciones de representación es obviamente distinta dependiendo de la naturaleza del sujeto representado y del acto institutivo de la representación. Nuestras definiciones D7.12-D7.14 permiten sin embargo unificar todas estas diferentes relaciones dentro de la figura de la ‘representación’. En concreto, de acuerdo con los usos corrientes, hablaremos de *representación voluntaria* o *negocial* cuando la relación de representación sea instituida por efecto de un poder que supone necesariamente, en cuanto acto de voluntad negocial, la capacidad de obrar del representado además de la del representante. Hablaremos de *representación necesaria* o *legal* cuando tal relación sea instituida *ex lege* para la tutela de personas naturales incapaces de obrar. Pero hablaremos también, en el § 10.5, de *representación orgánica* o *institucional* y asimismo *necesaria* para designar, en contraste con la opinión prevalente, la relación de representación instituida entre un funcionario y una persona jurídica asimismo incapaz.

Naturalmente estas tres formas de representación se caracterizan por el distinto grado de fuerza vinculante. En la representación voluntaria, que es expresión y producto de la autonomía privada, el vínculo representativo generado por un mandato explícito es más estricto, pues las obligaciones del representante pueden determinarse con más exactitud y su cumplimiento puede ser más directamente controlado por el representado. En la representación necesaria, en cambio, y más aún en

la orgánica, las obligaciones del representante y las expectativas del representado son, en ausencia de mandato, inevitablemente más vagas, de manera que los controles de su cumplimiento pueden ser más indirectos y genéricos. La estructura formal de los tres tipos de representación es sin embargo idéntica: siempre nos encontramos ante el fenómeno de la imputación a una persona de un acto realizado por otra persona distinta, en virtud de una relación obligatoria que vincula a la segunda con la primera y que confiere carácter *funcional* (respecto a los intereses, precisamente, representados) al poder de representación del que aquélla está investida. Pero el fenómeno con mucho más importante, tanto para el derecho público como para el derecho privado, es el de la representación orgánica, cuya definición y explicación, que como he dicho desarrollaré en el § 10.5, requiere ahora analizar la organización interna de las personas jurídicas.

7.8. *Las personas artificiales y sus órganos. La relación orgánica*

El problema de la representación orgánica viene complicado por el hecho de que tal relación suele transcurrir no ya simplemente entre la persona física del representante o funcionario y la persona jurídica, sino también entre ese mismo representante y un determinado *órgano* de la persona jurídica. Considérese el caso de una sociedad anónima: un acuerdo adoptado por su consejo de administración o por la asamblea de socios es imputable no sólo a la sociedad sino también a dichos órganos. Lo mismo hay que decir para los órganos del Estado: la ley emanada por una mayoría parlamentaria o la resolución adoptada por un determinado funcionario administrativo son imputables no sólo al Estado sino también, respectivamente, al Parlamento o al órgano de la Administración Pública. En la representación orgánica tenemos, pues, una relación triádica: entre el representante, que está siempre formado por una o más personas físicas de carne y hueso, la persona jurídica y su órgano, una y otro representados por el primero.

Por consiguiente, también el órgano, al serle imputados los actos realizados por el representante así como los poderes de los que estos actos son actuación, es un sujeto jurídico: claramente distinto de la persona física del representante, pues consiste en una agencia, o sea, en una articulación organizativa de la persona jurídica a la que pertenece³⁹. Podemos identificar como su rasgo característico el hecho de que todo lo que se le imputa se le imputa también a la persona artificial de la cual es órgano. Poco importa, además, que el órgano sea monocrático o colegiado, es decir, representado por una o por más personas naturales, con la ulterior complicación en este segundo caso de la doble imputación, singular y colectiva (T3.46, T3.47, T7.78-T7.84), tanto de los actos como de las situaciones.

D7.15 'Órgano' es un sujeto jurídico instituido por un acto y caracterizado porque todo lo que se le imputa se le imputa también a la persona artificial a la que pertenece.

$$(z')(z'')(ORGz'z'' \equiv (SGGz' \cdot (\exists x)CAUxz' \cdot (y)(IMPyz' \rightarrow (IMPyz'' \cdot PARz'')))))$$

Podemos perfectamente llamar *relación orgánica* a la relación entre la persona jurídica y sus órganos. A condición de que resulte claro que dicha relación nada tiene que ver con la de *representación orgánica*, que definiré en el § 10.5, cuando disponga del concepto de 'función', como representación en el ejercicio de las funciones de una persona jurídica o de uno de sus órganos por parte de las personas naturales que son sus funcionarios. Esta relación entre la persona jurídica y sus órganos no es siquiera una relación deóntica, ni por tanto jurídica. A la primera, en efecto, no se le imputan, como ocurre en todas las relaciones deónticas, expectativas positivas a las que correspondan imperativos imputados a los segundos, sino que se le imputan exactamente todas las situaciones —además de todos los actos— imputadas a éstos (T7.76). Además, y sobre todo, el órgano es tan incapaz de obrar (T7.77) como la persona jurídica a la que pertenece, pues uno y otra son sujetos artificiales «operados» por las personas naturales que los representan.

$$T7.76 (x)(z')(z'')(((ATTx \vee SITx) \cdot IMPxz' \cdot ORGz'z'') \rightarrow (IMPxz'' \cdot PARz''))$$

D7.15

$$T7.77 (z')(z'')(ORGz'z'' \rightarrow \neg CAAz')$$

D7.15, T5.30, T7.34, T7.38

Afrontaré analíticamente, en los §§ 10.5-10.9 y luego en los §§ 12.5 y 14.3-14.9, los muchos problemas generados por la representación orgánica. De todos ellos, podemos decir ya, el más interesante y relevante es el de la naturaleza de las relaciones entre la persona artificial y los diversos tipos de sujetos naturales, a veces coincidentes pero normalmente distintos entre sí, por los cuales y/o por cuenta de los cuales ésta es constituida y/o activada: los sujetos constituyentes, o sea, autores del acto constitutivo de la persona jurídica; aquellos en cuyo interés es constituida la persona jurídica; los autores de los actos constitutivos con los que son nombrados y renovados sus representantes; los funcionarios-representantes que actúan en nombre y por cuenta de ella; y aquellos, en fin, en cuyo interés actúa la persona jurídica y ante los cuales deben responder sus funcionarios-representantes. Piénsese, por ejemplo, en el Parlamento, instituido como órgano del Estado por los miembros de una asamblea constituyente, compuesto por miembros elegidos por los electores que son también, en un sistema democrático, los sujetos en cuyo interés aquél ha sido constituido y actúa. O piénsese en la sociedad anónima, instituida por los socios fundadores en su propio interés y luego activada, también en lo concerniente al nombramiento de sus representantes, por quienes sustituyen a aquéllos.

No todas estas relaciones son de tipo representativo. No es una relación de representación, en el sentido jurídico aquí definido, la relación entre las personas artificiales y las personas naturales que las han constituido tal vez nombrando incluso a sus representantes, aunque indudablemente las primeras sean normalmente «medios» o «instrumentos» de las segundas: el Estado no representa a la sociedad civil, del mismo modo que una sociedad anónima no representa a los socios que la han fundado. Ni siquiera es una relación de representación en el sentido jurídico del término la denominada ‘representación política’, instituida a través de las elecciones. Se trata en estos casos, como se verá mejor en los §§ 10.4-10.7 y 12.5 y, después, en la cuarta parte, de relaciones deónticas —entre sujetos constituyentes y sujetos constituidos, entre electorado y representantes políticos— consistentes en las relaciones, en parte jurídicas y en parte sociales y políticas, entre las expectativas de los primeros, que expresan lo que en su momento llamaré el «punto de vista externo» a las instituciones constituidas, y los correspondientes deberes atribuidos a los segundos en el acto de su constitución.

Distinguiré cinco tipos de relaciones intersubjetivas en las que se articula el conjunto de las relaciones plurilaterales mediadas por las personas jurídicas y sus órganos: *a*) la relación constitutiva y normalmente deóntica (pero no representativa) entre los sujetos constituyentes y la persona jurídica constituida por ellos para la satisfacción de sus intereses; *b*) la relación orgánica (no deóntica ni jurídica y mucho menos representativa) entre la persona jurídica y sus órganos; *c*) la relación de representación orgánica (jurídica y representativa en sentido jurídico) entre la persona jurídica y sus órganos, de un lado, y sus representantes o funcionarios, de otro; *d*) la relación deóntica (representativa en sentido no jurídico sino político, si se trata de instituciones políticas, y social, si se trata de instituciones privadas) entre las personas naturales en cuyo interés se ha constituido la persona artificial y las elegidas por éstas como sus representantes; y *e*) las relaciones jurídicas funcionales instituidas por los representantes con terceros sujetos en nombre y por cuenta de la persona jurídica y de los órganos representados y en garantía de las expectativas positivas y negativas de las personas naturales en cuyo interés ha sido instituida la persona jurídica.

Si sometemos a análisis la primera de estas relaciones descubrimos que en su base siempre hay un acto constitutivo: entendiendo por ‘acto constitutivo’, como se dirá en el § 9.6 con la definición D9.10, un acto consistente en un precepto constitutivo cuyo significado y efecto es (la constitución de) un estatus, cual es precisamente la personalidad jurídica de la persona artificial constituida con él junto a su ‘estatuto’ (D10.17). Si se trata de una persona artificial privada, por ejemplo de una sociedad anónima, los términos de la relación suelen venir expresamente estipulados en el acto constitutivo y en el conexo estatuto, los cuales establecen, como dice el artículo 16 del Código Civil italiano, el «fin» o «razón

social», como la llamaré más adelante (D8.14), que la persona artificial debe perseguir y que no es otra cosa que las expectativas de los socios fundadores y de los que se admitan sucesivamente. Lo mismo cabe decir para gran parte de los entes públicos, cuyo acto constitutivo y cuyo estatuto suelen venir expresados en forma de ley o de disposición administrativa. Más compleja, pero estructuralmente análoga, es la naturaleza de la relación entre sujetos constituyentes y sujeto constituido en el caso del Estado y de las demás instituciones políticas originarias, cuyos problemas, normalmente ignorados por la doctrina jurídica, afrontaré en el capítulo XII y en la cuarta parte. Me limito aquí a anticipar que en este caso el acto constitutivo no es más que lo que llamaré ‘acto constituyente’ (D12.3): esto es, el acto con el que es ejercido el que denominaré ‘poder constituyente’ (D12.1) y con el que son creados esos específicos estatutos que son las ‘constituciones’ (D12.22).

Las relaciones del segundo tipo, las existentes entre la persona jurídica o artificial y sus órganos, son las que aquí hemos definido como relaciones orgánicas, no deónticas ni representativas. Son las relaciones instituidas por los estatutos y por las constituciones, que establecen las competencias de los distintos órganos y regulan su funcionamiento y sus relaciones recíprocas diseñando la estructura organizativa de la persona jurídica constituida por ellos en función de los fines y de la específica razón social establecidos para ésta.

Sólo la tercera relación, la existente entre los órganos de la persona artificial así constituidos y las personas naturales que actúan en nombre y por cuenta de ella, es una relación de representación jurídica en el sentido aquí estipulado (D7.12-D7.14): donde los representados son la persona jurídica y sus órganos y los representantes los funcionarios —parlamentarios, ministros, administradores y consejos de administración— mediante los que aquéllos actúan. Se trata de la que en el § 10.5 llamaré ‘representación orgánica’ y que, innovando los usos corrientes, instituiré no ya entre la persona jurídica y los órganos, identificados comúnmente con los funcionarios, sino entre los funcionarios y los órganos mismos así como, a través de ellos, entre aquéllos y la persona jurídica a la que los órganos pertenecen.

Las relaciones del cuarto tipo son las que transcurren entre los funcionarios y los sujetos que los eligen como representantes orgánicos del órgano y de la persona artificial: por ejemplo, entre la asamblea de socios y los administradores en las sociedades mercantiles o entre los electores y los elegidos en las instituciones políticas. En el último caso, este cuarto tipo de relación —cuando sea ‘democrática’ en el sentido ‘formal’ aportado, como se verá en el capítulo XII, por el sufragio universal— se dirá ‘político-representativa’: en un sentido de ‘representación (política)’ (D12.4), sin embargo, completamente diferente al de ‘representación (jurídica)’ aquí definido; en el sentido, simplemente, de que la representación jurídica orgánica (de las instituciones públicas y de sus órganos) para el desempeño de las correspondientes funciones es confia-

da a sujetos elegidos por todos los ciudadanos mediante el ejercicio del derecho político de voto.

Finalmente, las relaciones del quinto tipo son todas aquellas instauradas por las actividades de los representantes en nombre de la persona artificial representada y en función de los intereses para cuya tutela tal persona ha sido instituida. En el caso de las instituciones políticas —cuando esta quinta relación sea a su vez ‘democrática’ en el sentido ‘sustancial’ que, en adición al ‘formal’, asociaré en el capítulo XII a este término primitivo— tales actividades están funcionalmente vinculadas, directa o indirectamente, a las *garantías* de esas expectativas constitucionalmente sancionadas que son los ‘derechos fundamentales’: de los que, como veremos en los capítulos XI y XII, son titulares, como sujetos a su vez fundamentales en última instancia, todas las personas en cuanto tales y/o en cuanto ciudadanos y/o capaces de obrar.

7.9. *Sujetos, situaciones y actos colectivos*

La representación y la relación orgánica no agotan todos los fenómenos de doble imputación de los actos y de las situaciones. También pueden darse, como se vio en el § 3.7, actos y situaciones que se imputan a sus autores y titulares y simultáneamente a sujetos colectivos, sean éstos personas artificiales o simples sujetos jurídicos. Éste es el caso de las decisiones de órganos colegiados, de las elecciones de organismos representativos y de situaciones como el condominio, los derechos patrimoniales comunitarios, el derecho de los pueblos a la autodeterminación y, en fin, los derechos fundamentales de todos los seres humanos a lo que los tratados internacionales denominan «patrimonio común de la humanidad». Se trata de actos y situaciones *plurisubjetivos* que —conviene precisar— nada tienen que ver con los actos *plurilaterales*, como los acuerdos, los contratos, el matrimonio y los diferentes tipos de procedimientos, en los que falta el fenómeno de la imputación de los actos por los que están compuestos a un mismo sujeto colectivo, además de a sus autores particulares.

¿En qué consiste esta imputación colectiva de la que ya he hablado en el § 3.7? ¿Cuáles son los sujetos a los que se imputan actos y situaciones colectivas? ¿Es suficiente, o no equivale a eludir el problema, decir que son únicamente las personas que actúan en concreto y que forman parte de los cuerpos o de las comunidades de que se habla?

Examinemos por ejemplo el funcionamiento de un órgano colegiado. Las decisiones colegiadas son evidentemente actos colectivos, distintos de las manifestaciones de voto de sus componentes e imputados a sujetos distintos a su vez de éstos, cuales son precisamente el órgano colegiado del que son miembros los sujetos que actúan y la persona jurídica a la que el órgano pertenece. En este caso, al menos el problema de la imputación subjetiva parecería resuelto (aunque en realidad sólo es

apartado) por la indudable presencia de una persona jurídica, distinta de las personas físicas que actúan colectivamente en su nombre gracias a la relación de representación orgánica a la que se ha aludido en el párrafo precedente. Pero un fenómeno estructuralmente no disímil es el de las elecciones al Parlamento o a cualquier otro organismo electivo. Aparece claro que tampoco éste es explicable como una simple suma de actos de voto individuales: junto a tales actos existe, como resultado no de su suma sino de su fusión, un acto colectivo de todo el electorado bien diferente de los actos singulares que concurren a formarlo y que, como se verá en el § 9.5, pueden calificarse como ‘instrumentales’ en relación con él (D9.8). Es verdad que el cuerpo electoral no es una persona, sino un simple sujeto jurídico, puesto que no está dotado de personalidad jurídica. Pero es imposible negar su naturaleza de autónomo sujeto colectivo sin dejar carente de explicación toda la fenomenología de los actos y situaciones que se le imputan. Lo mismo cabe decir de la «soberanía», que el artículo 1 de la Constitución italiana atribuye al pueblo, o de los derechos a la autodeterminación y a la utilización de los propios recursos conferidos a los pueblos por los artículos 1 y 2 de los Pactos internacionales de derechos de 1966: si es cierto que todas las situaciones, y por consiguiente también la soberanía y el derecho a la autodeterminación, se imputan siempre a sujetos llamados por eso ‘jurídicos’ (T7.12), entonces debe reconocerse asimismo a los ‘pueblos’, sea lo que fuere lo que se entienda con esta expresión, una subjetividad jurídica en virtud de las situaciones que se les imputan. Por las mismas razones, retomando el primero de nuestros ejemplos, también son autónomos sujetos jurídicos colectivos los órganos colegiados, a los que les son igualmente imputables, junto a las personas jurídicas a las que pertenecen, los actos jurídicos colectivos realizados por sus componentes.

La teoría del derecho ha descuidado estos fenómenos, por otra parte muy difundidos, impidiendo una adecuada explicación de los mismos por falta de categorías explicativas. Esta explicación puede ser proporcionada ahora a partir del concepto de (sujeto, comportamiento, modalidad o expectativa) ‘colectivo/a’ introducido con la definición D3.8 en el § 3.7 y del de ‘sujeto jurídico’ introducido con la definición D7.4 en el § 7.1. Conjugando estas dos definiciones obtenemos la noción de *sujeto jurídico colectivo* como el sujeto jurídico consistente en el conjunto de varios sujetos y al que le son imputables los actos y las situaciones consistentes a su vez en el conjunto de un determinado número de comportamientos, modalidades y expectativas imputados singularmente a los sujetos que lo componen (T7.78). *Acto colectivo y situación colectiva* serán caracterizables a su vez como el acto y la situación resultantes, respectivamente, de una pluralidad de actos o de situaciones imputados singularmente a un determinado número de sujetos individuales y, globalmente, al sujeto jurídico colectivo compuesto por el conjunto de tales sujetos (T7.79, T7.80).

$$\text{T7.78 } (w)(z)((SGGw \cdot COLwz) \equiv (SGGw \cdot INS_{wz} \cdot SOGz \cdot M(\exists y)(IMP_{wy} \cdot (ATTy \vee SITy)) \cdot (\exists^nx)(\exists y)(INS_{yx} \cdot IMP_{yw} \cdot (COMx \vee MODx \vee ASPx) \cdot IMP_{xz} \cdot SOGz))) \quad \text{D3.8, D7.2, T3.15, T3.19, T3.18}$$

$$\text{T7.79 } (w)(x)((ATTw \cdot COLwx \cdot ATTx) \equiv (\exists z)(\exists^ny)(ATTw \cdot INS_{wx} \cdot ATTx \cdot IMP_{wz} \cdot SGGz \cdot INS_{zy} \cdot SGGy \cdot IMP_{yx} \cdot ATTx)) \quad \text{D3.8, D7.2}$$

$$\text{T7.80 } (w)(x)((SITw \cdot COLwx \cdot SITx) \equiv (\exists z)(\exists^ny)(SITw \cdot INS_{wx} \cdot SITx \cdot IMP_{wz} \cdot SGGz \cdot INS_{zy} \cdot SGGy \cdot IMP_{yx} \cdot SITx)) \quad \text{D3.8, D7.2}$$

De lo anterior se sigue que a todo sujeto jurídico colectivo le son imputables actos o situaciones colectivas (T7.81) y que, inversamente, todo acto y toda situación colectiva son imputados a un sujeto jurídico colectivo (T7.82). Con más precisión, el sujeto jurídico colectivo resultará compuesto por el conjunto de los sujetos individuales a los que son imputados singularmente los comportamientos y/o las modalidades y expectativas que en su conjunto son imputables unitariamente a aquél como actos o situaciones colectivas (T7.83). Los actos y las situaciones colectivas, a su vez, resultarán compuestos por el conjunto, respectivamente, de los comportamientos y de las modalidades o expectativas que son imputados singularmente a los sujetos individuales a los que en su conjunto les son imputados unitariamente como sujetos colectivos (T7.84)⁴⁰.

$$\text{T7.81 } (w)(z)((SGGw \cdot COLwz) \rightarrow M(\exists y)(\exists^nx)(IMP_{wy} \cdot (ATTy \vee SITy) \cdot COLyx)) \quad \text{D3.8, T7.78, T3.19, T3.18, T3.15, D7.2}$$

$$\text{T7.82 } (y)(x)((ATTy \vee SITy) \cdot COLyx) \rightarrow (\exists w)(\exists^nz)(IMP_{yw} \cdot SGGw \cdot COLwz) \quad \text{D3.8, T7.78, T3.19, T3.18, T3.15, D7.2}$$

$$\text{T7.83 } (w)(z)((SGGw \cdot COLwz) \rightarrow (INS_{wz} \cdot SOGz \cdot (\exists^nx)(IMP_{zx} \cdot (COMx \vee MODx \vee ASPx)) \cdot M(\exists y)(\exists^nx)(INS_{yx} \cdot IMP_{yw} \cdot (ATTy \vee SITy) \cdot COLyx)))) \quad \text{T7.78, T7.81, T3.15, D3.8}$$

$$\text{T7.84 } (y)(x)((ATTy \vee SITy) \cdot COLyx) \rightarrow ((\exists z)(INS_{yz} \cdot (COMx \vee MODx \vee ASPx) \cdot IMP_{xz} \cdot SGGz) \cdot (\exists w)(\exists^nz)(INS_{wz} \cdot IMP_{yw} \cdot SGGw \cdot COLwz)) \quad \text{D3.8, T7.82, T3.15, T3.19, D7.2}$$

Esta doble imputación, individual y colectiva, es evidentemente un fenómeno bien distinto de los que hemos visto al analizar las relaciones de representación y las relaciones orgánicas. A diferencia de la representación, entre personas naturales y sujetos jurídicos colectivos no existe ninguna relación jurídica formada por obligaciones y expectativas. Por otra parte, a diferencia de la relación orgánica al sujeto colectivo no se le imputan los mismos actos y las mismas situaciones que se imputan a los sujetos individuales que lo componen: los actos y las situaciones colectivas —por ejemplo la votación de una ley en el Parlamento y la potestad legislativa— no son en modo alguno la simple suma de los singulares actos de voto y de las singulares funciones parlamentarias, sino que son actos y situaciones completamente distintos, imputados a sujetos distintos a su vez de los autores y de los titulares de los actos y de las situaciones singulares que contribuyen a formarlos. Naturalmente,

entre los fenómenos de la representación y de la relación orgánica y el de la subjetividad colectiva no existe incompatibilidad: bien puede haber, como en los casos ya aludidos de las sociedades simples y de los órganos colegiados, sujetos jurídicos colectivos representados, y no sólo compuestos, por el conjunto de los sujetos individuales que forman parte de los mismos y que actúan en su nombre. Es más, cabe advertir que todas las personas jurídicas de carácter asociativo están dotadas (también) de órganos colegiados cuyos miembros son al mismo tiempo los representantes que en su momento llamaremos ‘orgánicos’ (D10.8).

El fenómeno que interesa identificar y analizar aquí es sin embargo bastante distinto, y es puesto de relieve precisamente por los casos en los que no queda oculto ni por la representación ni por la relación orgánica, dado que estas relaciones no se dan. Es claro que son autores (o, si se quiere, coautores) de las elecciones las personas físicas individuales que concurren a ellas; del mismo modo que son titulares (o, si se quiere, cotitulares) de la copropiedad o del derecho de autodeterminación las personas particulares que pueden ejercitar tales derechos. Pero es también evidente que la situación o el acto colectivo (por ejemplo, la soberanía popular o la elección de un órgano político-representativo por un determinado electorado) se añaden, como figuras diferentes, a las situaciones particulares y a los actos individuales particulares (por ejemplo, a los derechos de voto y a los votos particulares) por cuyo conjunto están integrados⁴¹. Queda el problema de la naturaleza de los sujetos jurídicos colectivos. ¿Tales sujetos son personas o no lo son? ¿Tienen carácter natural o artificial?

La primera cuestión es extremadamente simple. En virtud de nuestra definición D7.3 estos sujetos son personas si y sólo si están dotados de personalidad: es el caso, por ejemplo, de las sociedades anónimas o de los entes públicos. Son en cambio simples sujetos jurídicos si sólo son titulares de las situaciones accionadas por sus miembros: es el caso de las sociedades simples, desprovistas en nuestro ordenamiento de personalidad jurídica; o del cuerpo electoral, titular de la potestad electoral y al que se le imputan además las decisiones resultantes del ejercicio del derecho de voto por parte de los electores individuales, pero carente de personalidad; o de los pueblos, a los que, pese a no tener personalidad, las normas constitucionales e internacionales ya recordadas les imputan la soberanía y el derecho de autodeterminación; o de los órganos colegiados de personas jurídicas, desprovistos también de personalidad pero titulares de funciones y a los que además les son imputables los actos colectivos realizados por sus funcionarios.

Más difícil y relevante es la cuestión del carácter natural o artificial de los sujetos jurídicos colectivos. Son incuestionablemente artificiales los sujetos colectivos consistentes en personas jurídicas o en sus órganos colegiados. Lo son asimismo todos los sujetos jurídicos de tipo asociativo aunque no estén dotados de personalidad jurídica, como las sociedades de personas y las asociaciones no reconocidas, que son también

instituidas por específicos actos constitutivos. Pero igualmente lo son los cuerpos electorales, a los que se imputan las elecciones y la conexas potestad electoral, que son también constituidos por la definición de las correspondientes circunscripciones electorales además de por la atribución del derecho de voto a un determinado conjunto de personas naturales que resultan componentes de los mismos.

Es en cambio problemática y ambivalente la naturaleza de aquellos sujetos colectivos que pueden ser contemplados tanto como preexistentes al derecho cuanto como constituidos por el propio derecho: como los pueblos, titulares en el derecho interno, en democracia, de la llamada «soberanía popular» y en el internacional del «derecho a la autodeterminación»; las minorías lingüísticas, que no son creadas sino simplemente reconocidas por las normas que otorgan derechos a sus componentes; las comunidades de uso, asimismo no creadas sino preexistentes al derecho, a cuyos miembros se otorgan derechos patrimoniales de tipo comunitario; y, en fin, la comunidad humana en su conjunto, a la que son imputables, como en su momento se verá, derechos a ‘bienes fundamentales’ como el aire, el agua y el medio ambiente, utilizables por todos pero no apropiables ni alienables por nadie y objeto de salvaguarda jurídica contra su indebida apropiación, contaminación o destrucción.

Paradójicamente, de todos estos sujetos el menos problemático es justamente el que se acaba de mencionar: la humanidad, cuya subjetividad jurídica consiste en la titularidad de lo que los tratados arriba recordados llaman «patrimonio común de la humanidad» y la tradición romanista denominaba *res communes omnium*. Es el menos problemático, pese a ser ignorado por la doctrina jurídica⁴², por la claridad y determinación tanto de su referencia empírica, consistente en la totalidad de los seres humanos, cuanto de las situaciones colectivas de las que es titular como sujeto colectivo y de las situaciones individuales que las componen y de las que son titulares las personas particulares. Como veremos, en efecto, en el § 11.10, el denominado «patrimonio común de la humanidad» no es más que el conjunto de los que llamaré ‘bienes comunes’ (D11.30), caracterizados por la doble imputación que es propia de todos los fenómenos colectivos. Dicho patrimonio corresponde a la humanidad como una suerte de derecho de *copropiedad universal a título originario*, es decir, como una situación colectiva compuesta por los derechos de cada uno, en cuanto persona física, de acceder a su disfrute. Y por consiguiente da origen a una figura singular, pero clara y unívoca: la de un ‘derecho fundamental’, según la definición de esta figura que se estipulará en el § 11.1 (D11.1), pues se confiere universalmente a todos en cuanto personas naturales y es por ello tan indisponible como los ‘bienes comunes’ que constituyen su contenido y que son a su vez ‘fundamentales’ (D11.30, D11.28).

Mucho más problemáticos son los otros sujetos colectivos, y en particular los pueblos y los diferentes tipos de minorías. El primer problema tiene que ver con la dificultad de identificar su base empírica. Un pueblo,

por ejemplo, contemplado como sujeto colectivo e incluso constituyente, es una entidad determinada por características nacionales y culturales de contornos inevitablemente inciertos porque dependen, sustancialmente, de las opciones subjetivas de los individuos que lo componen. No existen, en efecto, actos específicamente institutivos de tales sujetos: no hay ningún acto constitutivo que instituya, como efecto suyo, un pueblo o una minoría lingüística, como no hay ningún acto de inscripción o suscripción que determine la pertenencia a ellos de un ser humano. Sólo una vez que se han constituido y formalizado jurídicamente, estos sujetos, a diferencia de los seres humanos, tienen la identidad empírica determinada por el derecho positivo: por ejemplo, el pueblo italiano en el año 2001 es, jurídicamente, el conjunto de sus 56.995.744 ciudadanos, al margen de que se sientan o no italianos⁴³. Y lo mismo puede decirse de una minoría lingüística, de una comunidad montana o de otros similares.

El segundo y aún más difícil problema suscitado por tales sujetos colectivos es entonces el de las formas de su constitución jurídica. ¿Cuándo un pueblo o una minoría pasan de ser sujetos colectivos de tipo pre-jurídico, en el sentido indicado al final del § 3.7, a ser sujetos colectivos de carácter jurídico? Evidentemente —por definición (D7.4)— en el momento en que les son reconocidos derechos u otras situaciones colectivas, resultantes del conjunto de aquellos de los que son titulares las personas que los componen. Es éste, como veremos, el momento más problemático: aquel en que el sujeto colectivo, por ejemplo un pueblo, se constituye en sujeto jurídico, al que se le imputa por ejemplo el «derecho a la autodeterminación» o la «soberanía popular». En este momento dicho sujeto viene a configurarse como el sustrato natural de una construcción artificial. Antes de este momento, en cambio, es sólo un sujeto colectivo natural, o mejor aún cultural, constituido por cuantos se «sienten» parte del mismo.

En el capítulo XII volveré sobre esta cuestión, cuando afronte el que es sin duda uno de los problemas más difíciles de la teoría del derecho: la definición del poder constituyente y su ejercicio mediante el acto constituyente de una constitución de tipo ‘democrático’. Baste decir aquí que la ambivalencia de tales sujetos —naturales y al mismo tiempo artificiales— deriva del hecho de que siempre pueden ser contemplados como *constituyentes* por efecto de *auto-reconocimiento* y como *constituidos* por efecto de *hetero-reconocimiento* jurídico: en base al postulado P13, en el primer caso diremos que son sujetos no causados o naturales (T7.85); en el segundo, que no son constituyentes sino constituidos, justamente por ser causados o artificiales (T7.86).

T7.85 $(z)(y)((SGGz \cdot COLzy \cdot COSz) \rightarrow \neg(\exists x)CAUxz)$ T5.50

T7.86 $(z)(y)((SGGz \cdot COLzy \cdot (\exists x)CAUxz) \rightarrow \neg COSz)$ T5.50

Es a partir de esta ambivalencia y a esta metamorfosis como se explica, tal y como mostraré en el próximo parágrafo y luego en la cuarta

parte, la fenomenología de los procesos constituyentes de tipo democrático: la trasmutación de la autodeterminación colectiva en las distintas figuras de soberanía o de autonomía política tras la constitución del Estado o de otros ordenamientos autónomos; la positivación en forma de derechos fundamentales de las expectativas prejurídicas primero reivindicadas y luego conquistadas mediante luchas sociales; el reconocimiento como bienes fundamentales, pertenecientes a todos pero de los que nadie puede disponer, de bienes esenciales para la supervivencia, como aquellos sobre los que se basa el equilibrio ecológico del planeta. En todos estos casos la ambivalencia de tales fenómenos corresponde a la duplicidad de los puntos de vista —externo e interno al derecho— de cuya interacción depende la fenomenología de la transformación y de la innovación jurídica.

7.10. *Pueblos y ciudadanos*

En el § 7.5 se ha dicho que constituyentes nunca son las personas artificiales (T7.57) sino siempre y sólo los sujetos naturales, no producidos por el derecho sino preexistentes a él (T7.58). Pero ¿quiénes son los sujetos naturales titulares de situaciones constituyentes? Es claro que la respuesta a esta pregunta depende de la naturaleza política del sistema jurídico constituido. Puede tratarse de un rey legislador, o de una aristocracia elitista, o incluso —como en los casos en que un Estado haya nacido de un acuerdo internacional entre gobernantes de otros Estados— de sujetos externos al ordenamiento constituido. Pero también puede tratarse del sujeto jurídico colectivo formado por el conjunto de sujetos naturales que han de someterse al sistema jurídico constituido. Es el método que caracteriza, al menos en su modelo ideal, el proceso constituyente democrático, en el que dicho sujeto colectivo es el pueblo entero formado por todos los sujetos individuales que lo componen.

He aludido ya a las enormes dificultades que se encuentran en la definición de ‘pueblo’: una noción esencial, como se verá, para definir conceptos como ‘ciudadano’, ‘ciudadanía’ y ‘derechos de ciudadanía’ y, sobre todo, para identificar a través de ellos la relación democrática entre instituciones políticas y sociedad civil. De cara a estos fines, sin embargo, no es necesario y más bien extravía —y en cualquier caso no está al alcance de una definición formal como la que puede ofrecer una teoría formalizada— buscar los rasgos sustanciales de la noción sociológica o peor aún naturalista de «pueblo», como suele hacerse en sus definiciones corrientes⁴⁴. Lo único que hace falta es identificar los rasgos formales de la noción de ‘pueblo’ a partir de los términos teóricos de que disponemos.

El primer rasgo teórico de ‘pueblo’ es indudablemente el de ‘sujeto colectivo’, en el sentido establecido aquí en el § 3.7 por la tesis T3.46. El segundo rasgo, conectado al primero, es el de las figuras subjetivas que comparten los sujetos que en su conjunto forman el pueblo. Identificaré

tales figuras, de un lado, con los intereses comunes y, de otro, con las figuras deónticas que igualmente comparten cuantos forman parte del pueblo. Estas figuras deónticas, imputadas a todos y cada uno de los sujetos que componen el pueblo, pueden ser prejurídicas y puramente deónticas, como sucede en la fase preconstituyente, o formalmente jurídicas, como sucede una vez que el sistema jurídico ha sido constituido. En el primer caso, dichas figuras se identifican (cuando menos) con las modalidades constituyentes, es decir, con la potestad de autodeterminación política, que se manifiesta de modo tanto más impelente y conflictivo cuanto más sometido u oprimido está el pueblo; en el segundo se identifican (cuando menos) con las expectativas constituidas cuales son, típicamente, los derechos fundamentales. A partir de la noción de ‘pueblo’ formalmente identificada de este modo es posible definir después, con referencia obviamente sólo a la fase en la que el sistema jurídico está constituido, la figura del ‘ciudadano’ como toda persona natural perteneciente al pueblo que comparte con los otros conciudadanos las mismas situaciones jurídicas constituidas para todos y la ‘ciudadanía’ como el estatus jurídico de ciudadano.

D7.16 *‘Pueblo’ es el sujeto colectivo formado por sujetos que tienen intereses comunes y son titulares de las mismas modalidades constituyentes o bien, en virtud de reglas téticas, de las mismas expectativas constituidas.*

$$(w)(z)(POPwz \equiv (SOGw \cdot COLwz \cdot (\exists y')(\exists y'')(SOGz \cdot IMPzy' \cdot INTy' \cdot TITzy' \cdot ((MODy'' \cdot COSy'') \vee (RTEy'' \cdot ASPy'' \cdot \neg COSy''))))))$$

D7.17 *‘Ciudadanos’ son las personas naturales pertenecientes a un determinado pueblo en cuanto dotados de las mismas situaciones constituidas.*

$$(z)(CITz \equiv (\exists w)(\exists y)(PNAz \cdot POPwz \cdot TITzy \cdot SITy \cdot \neg COSy))$$

D7.18 *‘Ciudadanía’ es el estatus jurídico de ciudadano.*

$$(y)(z)(CTZyz \equiv (STGyz \cdot CITz))$$

La definición D7.16 tiene la ventaja de ofrecer una noción de ‘pueblo’ que es tanto prejurídica, idónea para designar los pueblos independientemente del derecho positivo y de las instituciones políticas, cuanto jurídica, idónea para designar los pueblos como sujetos determinados por el derecho y por las instituciones constituidas por éste. Dicha definición identifica en efecto dos nociones distintas de ‘pueblo’, caracterizadas ambas por la universalidad de las figuras que comparten cuantos pertenecen a él⁴⁵.

En un primer significado, *pre-jurídico*, es un pueblo todo sujeto colectivo cuyos componentes tienen intereses comunes y son asimismo titulares de modalidades constituyentes (T7.87). También en este sentido prejurídico, por otra parte, el pueblo, en cuanto titular de la correlati-

va modalidad colectiva, es en el derecho internacional, que configura tal modalidad como «derecho a la autodeterminación», un sujeto jurídico colectivo, en el sentido expresado por la tesis T7.78. No lo es en cambio en el derecho interno, a no ser que tal modalidad venga realmente ejercida como poder constituyente (T12.29, T12.37). Pero esto sólo puede decirse *a posteriori*, es decir, en el momento en que el sistema jurídico viene efectivamente constituido, siendo la efectividad del poder constituyente, como se verá en el §12.2, un indefectible rasgo característico del mismo (T12.14-T12.17). Antes de este momento, en relación con el derecho interno que aún no existe sólo podemos hablar de «pueblos» en sentido prejurídico, es decir, como sujetos colectivos que reivindican, con su independencia y liberación, un papel constituyente.

T7.87 (w)(z)(y')(y'')((SOGw · COLwz · SOGz · IMPzy' · INTy' · TITzy" · MODy" · COSy'') → POPwz) D7.16

T7.88 (w)(z)(y)(x)((POPwz · IMPwy · SIAy · COLyx · INSyx · MODx · COSx · IMPxz · SOGz) → (SGGw · COLwz)) D7.16, D7.2, T6.62

Nuestra definición expresa además un segundo significado de «pueblo» que es propiamente *jurídico* incluso en relación con el derecho interno. ‘Pueblo’ es también todo sujeto colectivo cuyos componentes comparten, además de intereses comunes, la titularidad de las mismas expectativas constituidas (y de las correlativas modalidades) que les son conferidas por reglas téticas (T7.89). Tales expectativas, igualmente y por tanto universalmente conferidas a todos, son lo que en su momento llamaré ‘derechos fundamentales’ (D11.1, T11.2): empezando por esos específicos derechos fundamentales que son los derechos políticos ejercitables colectivamente, en virtud de los cuales el pueblo aparece como sujeto jurídico en forma de «electorado». Es claro que en este segundo significado el pueblo cobra existencia tras la estipulación, normalmente por obra de una constitución, de los derechos fundamentales, que son justamente los derechos conferidos a todos los que pertenecen a él. Es precisamente esta la noción jurídica y positiva de pueblo: distinta, por lo tanto, de la arriba indicada del pueblo como titular del poder constituyente, dado que este poder, como se verá en el § 12.2, se agota con su ejercicio, por el que en su caso el pueblo, en este segundo significado, resulta, por así decir, constituido. Lo que en cambio constituye su rasgo característico es la común titularidad de los derechos que, con el acto constituyente, se estipulan para todos aquellos que pertenecen al pueblo y que vienen a su vez constituidos por aquél como ‘ciudadanos’.

T7.89 (w)(z)(y')(y'')((SOGw · COLwz · SOGz · IMPzy' · INTy' · TITzy" · ASPy" · ¬COSy" · RTEy'') → POPwz) D7.16

Hablaremos por lo tanto de ‘pueblo’ en dos sentidos diferentes, uno activo y otro pasivo, que corresponden a los dos significados de «soli-

daridad social» que distinguiremos en el § 13.12. Hablaremos de él en cuanto compuesto por sujetos que comparten *a)* la titularidad por parte de todos de modalidades constituyentes, cuyo conjunto forma la situación colectiva que en el derecho internacional se reconoce como «derecho a la autodeterminación» y que en el derecho interno es el ‘poder constituyente’; o bien *b)* la titularidad, también por parte de todos, de expectativas constituidas, esto es, de los que más adelante llamaré ‘derechos fundamentales’ (D11.1). Dicho brevemente, entenderemos ‘pueblo’ bien como *pueblo constituyente*⁴⁶ o bien como *pueblo constituido*⁴⁷. Sólo hay un sentido en el que los pueblos figuran como *constituyentes* y al mismo tiempo *constituidos*, en ambos casos como sujetos jurídicos: constituyentes, como conjunto de pueblos, del ordenamiento de las Naciones Unidas⁴⁸ y constituidos, por tal ordenamiento, como titulares del derecho a la autodeterminación, que además no es sino el virtual poder constituyente de su autónomo ordenamiento⁴⁹.

Lo que permite hablar en todos los casos del pueblo como sujeto colectivo en el sentido de nuestras tesis D3.8 y T3.46, y que constituye por eso la «unidad del pueblo», no es ya su representación política, y menos aún personificada por un presidente supuesto neutral y *super partes*⁵⁰, sino el hecho de que todos sus componentes comparten las mismas figuras deónticas: las mismas modalidades constituyentes, si se trata del pueblo en sentido prejurídico, y las mismas expectativas o derechos constituidos, si se trata del pueblo en sentido jurídico.

En suma, la denominada unidad del pueblo reside esencialmente en la igualdad entre sus miembros, que como se verá en el § 11.12 consiste, una vez que el pueblo está jurídicamente constituido, en la igualdad en los derechos fundamentales (D11.35, T11.126); de modo que la identidad, la unidad y la solidaridad de un pueblo serán tanto mayores cuanto más amplio y vinculante sea el conjunto de derechos fundamentales que se les atribuyen a aquéllos. El pueblo, en este segundo sentido de pueblo constituido, será por eso configurado en los §§ 12.16 y 13.10 como un producto de la constitución, es decir, del acto con el que los constituyentes con-vienen —en el doble sentido de alcanzar juntos y de pactar— las cláusulas del pacto de convivencia, las primeras entre todos los derechos fundamentales (T12.169-T12.171). Y como un producto de la constitución se configurará también la ciudadanía: la cual, como puede demostrarse, no es más que la identidad de ciudadano, consistente precisamente en la común titularidad de las mismas expectativas conferidas a todos y cada uno en cuanto pertenecientes al pueblo así constituido (T7.90).

$$\text{T7.90 (y)(z)(CTZyz} \equiv (\exists w)(\exists r)(\text{STGyz} \cdot \text{CITz} \cdot \text{POPwz} \cdot \text{TITzr} \cdot \text{SITr} \cdot \neg \text{COSr})) \quad \text{D7.18, D7.17}$$

De lo anterior se sigue que los ciudadanos son las personas naturales que comparten la pertenencia a un mismo pueblo⁵¹ y la común titularidad de situaciones jurídicas no constituyentes⁵² (T7.91) como son,

en particular, los ‘derechos fundamentales de ciudadanía’ (D11.3); que ‘ciudadano’ y ‘ciudadanía’ son términos coextensivos (T7.92), de modo que la pertenencia de una pluralidad de personas a un mismo pueblo se resuelve en su común ciudadanía; que, en fin, siendo la ciudadanía un estatus jurídico positivo, es verdad que el conjunto de los ciudadanos forma un pueblo (T7.93) pero no puede decirse lo contrario: un pueblo, antes de haber constituido un ordenamiento, no está formado por ciudadanos sino únicamente por sujetos que aspiran a convertirse en tales. Obviamente estas nociones teóricas de ciudadano y ciudadanía están integradas, según las leyes de cada ordenamiento, por condiciones empíricas diferentes. En Italia, por ejemplo, son ciudadanos, es decir, pertenecientes al pueblo italiano, los que son hijos de ciudadanos italianos, o los que están emparentados con ellos de diversas formas, o los que han adquirido la ciudadanía por concurrir determinados presupuestos. Pero nada excluye —y es incluso deseable, como diré en su momento— que mañana sean considerados ‘ciudadanos’ todos aquellos y solamente aquellos que residen en los territorios de los correspondientes Estados.

T7.91 (z)(CITz \rightarrow ($\exists w$)($\exists r$)(PNAz · POPwz · TITzr · SITr · \neg COsR)) D7.17

T7.92 (z)(CITz \equiv ($\exists y$)CITzyz) D7.18, D7.17, T7.15, T7.6, T7.7

T7.93 (z)(($\exists w$)(INSwz · CITz) \rightarrow ($\exists w$)POPwz) T7.91

Naturalmente nuestras nociones de ‘ciudadano’ y de ‘ciudadanía’ habrían sido más simples si en sus definiciones hubiésemos podido utilizar los conceptos de ‘derechos políticos’ y de ‘poder constituyente’, que introduciré en cambio con su auxilio en los capítulos XI y XII. Sin embargo, y aun cuando deban ser precisadas mejor, nuestras definiciones permiten poner de relieve dos características esenciales de la ciudadanía.

La primera característica hace referencia a la relatividad de las nociones de ciudadano y de ciudadanía en cuanto pertenencia, precisamente, a un pueblo. En efecto, tanto los poderes constituyentes cuanto los derechos políticos son relativos, respectivamente, a los ordenamientos que permiten constituir y a aquellos por los que son constituidos. En función de la naturaleza de los actos que son su ejercicio será, pues, posible diferenciar *a*) los distintos ordenamientos —estatales, regionales, supranacionales, internacionales— de los que una persona es ciudadano⁵³, *b*) las diversas formas de adquisición —*iure sanguinis*, *iure loci*, *iure communicationis*— de la ciudadanía; y *c*) las diversas y desiguales formas de ciudadanía⁵⁴. Bajo este último aspecto, como se verá mejor en los §§ 15.9, 16.3 y 16.22, la ciudadanía —mientras su título no sea simplemente *iure loci*, en base al lugar no ya del nacimiento sino de la residencia— se revela como un factor de desigualdad. Existen ciudadanías débiles y ciudadanías fuertes, ciudadanías pobres y ciudadanías ricas: la ciudadanía albanesa, por ejemplo, no es igual que la ciudadanía italiana, que opera de hecho como un factor de exclusión en relación con los ciudadanos albaneses.

La segunda característica —que explica por qué hemos definido aquí ‘persona’ y ‘ciudadano’ antes que ‘derechos fundamentales’ y ‘poder constituyente’— es la prioridad lógica, además de axiológica, de los sujetos naturales titulares de modalidades constituyentes frente al derecho y al Estado. Si el derecho es puesto a través del Estado y el Estado a su vez es una persona artificial, tanto el uno como el otro son constituidos por sujetos naturales que luego, como ciudadanos, los activan y transforman. Se manifiesta aquí la aparente paradoja del positivismo jurídico expresada por el postulado P12: podremos afirmar que todos los actos y situaciones jurídicas presuponen el derecho del Estado y de las demás instituciones políticas y concebir al mismo tiempo este derecho como «positivo», en la medida en que el derecho y las correspondientes instituciones no sean naturalizados sino que se conciban a su vez como «artificios», es decir, productos de una actividad constituyente llevada a cabo por las personas naturales de carne y hueso.

7.11. *Los bienes. Bienes materiales y bienes inmateriales*

El cuarto tipo de temas que podemos introducir ahora es el de los bienes. El concepto de ‘bien’ no se encuentra respecto a ‘cosa’ en una relación de especie a género, a diferencia de lo que sucede con acto, situación y persona en relación con los correspondientes términos de la deóntica —comportamiento, modalidad y expectativa, sujeto—. Como se ha dicho en el § 3.9, si es verdad que no todas las cosas son jurídicamente relevantes como bienes, también lo es que hay bienes —los denominados bienes inmateriales— que no son cosas, al menos en el sentido de entidad material y tangible en el que ‘cosa’ ha sido aquí definida (D3.11) y es comúnmente entendida. Por otro lado, excluidas de la noción de bien algunas acepciones específicas —como la penalista y totalmente asimétrica de «bien jurídico» como interés penalmente protegido, o la teológico-política aún más asimétrica de «bien común» (término con el que designaré en el § 11.10 una clase específica de bienes fundamentales)—, podemos asumir como campo de denotación de ‘bien’ el de los ‘objetos’. Definiré por lo tanto ‘bien’ como aquello que puede ser objeto de una situación jurídica.

D7.19 *‘Bien’ es lo que puede ser objeto de una situación jurídica.*

(w)(BENw \equiv M(\exists y)(OGGwy · SITy))

Me separo así en parte de los usos corrientes. En el léxico jurídico prevalente son ‘bienes’, según la definición legislativa ofrecida por el artículo 810 del Código Civil italiano, «las cosas que pueden ser el objeto de un derecho subjetivo». Pero aunque las definiciones legislativas sean vinculantes para la dogmática no lo son para la teoría. La noción de bien

aquí propuesta es por lo tanto más amplia bajo dos prismas y por dos razones. En primer lugar, si nuestro concepto debe servir para designar cualquier cosa u objeto jurídicamente relevante, no podemos ignorar que dentro de su campo de denotación existen por un lado cosas, como los que en el § 11.11 llamaré *bienes ilícitos*, que son el objeto no ya de derechos sino de prohibiciones, pues están prohibidas —piénsese en las sustancias estupefacientes y en las armas— su producción y/o su comercio y/o su uso y/o su tenencia, y por otro lado cosas, como por ejemplo los residuos, que son el objeto no ya de derechos sino de obligaciones o de cargas⁵⁵. En segundo lugar, y sobre todo, si entendemos «cosa» en el sentido corriente compartido por toda la doctrina civilista de «porción del mundo externo perceptible con los sentidos»⁵⁶ y se acepta la noción de bienes como cosas derivada del artículo 810 del Código Civil, hay dos posibilidades: o debe afirmarse que los bienes inmateriales «no son bienes en sentido técnico»⁵⁷ y renunciar así, en rigor, a la distinción de los bienes en «materiales» e «inmateriales» y al uso mismo de la expresión «*bienes* inmateriales», o contradictoriamente debe aceptarse el uso de esta expresión y por lo tanto la distinción entre «bienes materiales» y «bienes inmateriales», si bien definidos estos últimos como entidades dotadas de «una existencia puramente ideal»⁵⁸.

La distinción entre las dos clases de bienes se vuelve en cambio simple y lineal si se entiende 'bienes' en el sentido más genérico de posibles objetos de situaciones jurídicas⁵⁹. Llamaré por lo tanto '*bienes materiales*' a los bienes que son cosas y '*bienes inmateriales*' a los que no lo son.

D7.20 '*Bienes materiales*' son los bienes consistentes en cosas.

(w)(BMAw \equiv (BENw \cdot COAw))

D7.21 '*Bienes inmateriales*' son los bienes no consistentes en cosas.

(w)(BIMw \equiv (BENw \cdot \neg COAw))

Se trata obviamente de una distinción exhaustiva (T7.94) que reproduce, *grosso modo*, la clásica distinción romanista entre *res corporales* y *res incorporales*⁶⁰. Las cosas corporales, o sea, empíricamente observables, son los clásicos bienes materiales, diferenciados en *bienes muebles* y *bienes inmuebles*. De ellos cabe decir, como más en general de las cosas, que es posible su uso (T7.95), es decir, un comportamiento que los utiliza materialmente (T7.96). Y a ellos está principalmente dedicada la disciplina clásica de la propiedad, la posesión y demás derechos reales contenida por ejemplo en el libro tercero del Código Civil italiano. La expresión «cosas incorporales» parece en cambio una *contradictio in adiectis*, frente a la cual es preferible la ya consolidada de 'bienes inmateriales' que designa todos aquellos bienes que no son cosas.

T7.94 (w)(BEN _w \equiv (BMA _w \vee BIM _w))	D7.20, D7.21
T7.95 (w)(BMA _w \rightarrow M(\exists x)USO _{xw})	D7.20, T3.52
T7.96 (w)(BMA _w \rightarrow M(\exists x)(\exists z)(\exists y)(COA _w \cdot OGG _{wx} \cdot COM _x \cdot INT _{yx}))	T7.95, D3.12

Esta banal clarificación conceptual es tanto más necesaria por la enorme y creciente importancia, económica y jurídica, adquirida en estos años por los bienes inmateriales, que resultan cada vez más difíciles de concebir como figuras marginales y atípicas —una suerte de indeterminada figura de «no-bienes en sentido técnico»— frente a los bienes propiamente dichos consistentes en cosas. En efecto, estos bienes inmateriales forman una categoría en constante expansión que comprende una enorme cantidad de objetos heterogéneos, configurables como «bienes» porque son objeto de derechos absolutos, pero desde luego no como cosas: por ejemplo los llamados «productos financieros», las obras del ingenio y de la invención, desde las que son objeto de derechos de autor a las que son objeto de patente, y los diversos tipos de marcas —figurativas y denominativas, de fábrica y de comercio—, claramente distintas de las cosas a las que se unen.

Se trata de bienes económica y jurídicamente no menos (y quizás aún más) relevantes que los bienes materiales, hasta el punto que hoy se habla de un «proceso de desmaterialización» de la riqueza⁶¹: marcas, razones sociales y firmas prestigiosas suelen valer ciertamente, gracias a las promociones publicitarias, bastante más que los bienes materiales, por ejemplo las prendas de vestir, señalados con esos distintivos⁶². Naturalmente siempre será preciso distinguir —contrariamente a los usos promiscuos muy frecuentes en el lenguaje común, y de conformidad con la regla sintáctica estipulada en el § 5 de los Preliminares— entre bienes y derechos, incluidos los derechos sobre bienes⁶³: en particular, entre los bienes inmateriales, como por ejemplo las marcas o las obras del ingenio, que son *objeto de derechos*, y las situaciones de las que son el objeto, que son *derechos sobre bienes*. Lo que circula jurídicamente en el mercado, en todos los casos, no son los bienes sino los derechos sobre ellos.

En el capítulo XI volveré sobre la noción de bien y sobre las diferentes tipologías y distinciones que cabe hacer dentro de la clase de los bienes. En concreto —en analogía con la distinción que entonces introduciré entre ‘derechos patrimoniales’ y ‘derechos fundamentales’— llamaré *bienes patrimoniales* a todos los bienes que están provistos de valor patrimonial y de los que son posibles la apropiación y el intercambio en cuanto objetos de derechos patrimoniales y de actos de disposición o de negociación. Llamaré en cambio *bienes fundamentales* a todos aquellos garantizados a todos como objetos de derechos fundamentales: desde los bienes *comunes* (*omnium*), como el aire y los demás bienes del patrimonio ecológico de la humanidad, y los bienes que llamaré *personalísimos* (*singuli*), como los órganos del cuerpo humano, vitales e indisponibles también, hasta los bienes que llamaré *sociales*, como el agua y los llama-

dos «fármacos esenciales» que son objeto, como se verá, de los derechos sociales.

NOTAS

1. Por consiguiente, aunque tenga un significado más restringido que el de '*estatus*', que fue introducido como término de la deóntica para designar el significado de cualquier precepto constitutivo (T4.30), '*estatus jurídico*' se usará aquí en un sentido más amplio que el habitual en el lenguaje jurídico, que lo limita sólo a los estatus subjetivos de las personas físicas (*libertatis, familiae y civitatis*): recuérdese la definición que de él da Christian Thomasius como «qualitas hominem afficiens secundum quam ipsius ius variat» [cualidad que afecta al hombre según la cual varía su propio derecho] (cit. por P. Zatti, «Soggetto», en A. Belvedere, R. Guastini, P. Zatti y V. Zeno Zencovich, *Glossario*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 386); pero recuérdese también la tesis de Henry Sumner Maine, quien concibió la evolución desde los derechos arcaicos al derecho moderno como un progresivo tránsito *from Status to Contract* (*Ancient Law* [1861], trad. del francés de A. Guerra, *El derecho antiguo*, Tipográfica A. Alonso, Madrid, 1893, 2 vols., reed. Civitas, Madrid, 1993). En el sentido aquí convenido, en cambio, la noción de estatus no está limitada por la definición D7.1 sólo a las personas físicas, sino que se extiende también a las personas jurídicas, y no sólo a los sujetos sino también a los objetos y a las cosas. Por lo tanto, hablaremos por ejemplo de estatus jurídico a propósito de la condición de «bien demanial» de una determinada cosa o de la condición de «patente» de una concreta invención como presupuesto de la facultad de su explotación comercial. Sobre los estatus jurídicos como estatus de la persona, véanse F. Santoro-Passarelli, «Status familiae» [1947-1948], ahora en *Id.*, *Saggi di diritto civile*, Jovene, Napoli, 1961, vol. I, pp. 421-425, que habla de «hecho constitutivo» a propósito del «título del estado», identificado a su vez con un «acto público», como el matrimonio para el estado de cónyuge o el nacimiento para el de hijo (generado en cambio, como se dirá en su momento, por las normas tético-constitutivas sobre el estado de hijo contenidas, por ejemplo, en los arts. 231 ss. del Código Civil italiano); A. Levi, *Teoria generale del diritto*, Cedam, Padova, cap. XVI, pp. 218-233; R. Orestano, «Status libertatis, familiae, civitatis», en *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Torino, vol. XVII, 1971, pp. 383-385, que subraya la pobreza de fuentes romanas sobre la base de las cuales la pandectística decimonónica y Savigny en particular han reconstruido la doctrina romana de los estatus; P. Barcellona, *Gli istituti fondamentali del diritto privato*, Jovene, Napoli, 1970, con amplias referencias históricas; P. Rescigno, «Situazione e status nell'esperienza del diritto»: *Rivista di diritto civile* I (1973), 197 ss.; N. Irti, *Introduzione allo studio del diritto privato*. I. *L'oggetto*, Giappichelli, Torino, 1973, cap. I, § 9, pp. 50-58; P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Esi, Napoli, 1984, pp. 317 ss.; G. Alpa, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Laterza, Roma-Bari, 1993; *Id.*, *Trattato di diritto civile*. I. *Storia, fonti, interpretazione*, Giuffrè, Milano, 2000, cap. III, § 7, pp. 337-350. Véase también, *infra*, la nota 21 del capítulo XI.

2. El concepto jurídico de «persona», en su significado actual, era desconocido para el derecho romano. En el léxico romanístico «persona» es sinónimo de «ser humano», independientemente de la capacidad jurídica, de manera que también los esclavos eran *personae*: «summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi» [la suprema división de derecho de las personas es ésta: que todos los hombres son o libres o esclavos] (Gayo,

Institutiones, 1.9, *de conditione hominum*; *Institutiones* de Justiniano, I, 3). El concepto, coextensivo aquí con el de «personalidad» (T7.6), nace históricamente junto a la noción de persona jurídica como personificación de entidades ficticias y en cualquier caso no humanas, que se afirma en la doctrina canonística en el siglo XIII (véase, *infra*, la nota 9). Esta idea, en efecto, propicia en el siglo XVI la distinción entre el concepto jurídico de «persona» y el concepto jurídico de «hombre»: «homo naturae, persona iuris civilis vocabulum» [«hombre» es un vocablo de la naturaleza; «persona», del derecho civil], declara el jurista francés Donello contraponiendo la distinción a la vieja terminología usada en el derecho romano, donde las dos figuras coincidían, de modo que, añade, «servus [...] homo est, non persona» [el esclavo (...) es hombre, (pero) no persona] (H. Doneau [o Donello], *Commentaria juris civilis*, París, 1553, I, 77 B). «Persona», como escribió Hobbes en el pasaje citado aquí íntegramente en la nota 10, asume por lo tanto el significado etimológico de «máscara» jurídica personificada por el sujeto en el escenario del derecho. Aún más modernamente escribió Samuel Pufendorf: «Persona est homo consideratus cum statu suo» [persona es el hombre considerado con su propio estatus] (cit. por P. Zatti, «Persona [in genere]», en *Glossario*, cit., pp. 318, 321, 391). Es precisamente esta noción de 'persona' como sujeto dotado del *status personae* la que se reproduce en la definición D7.3. Sobre la historia del concepto de 'persona' véanse R. Orestano, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, Giappichelli, Torino, 1968, cuyo capítulo segundo, «'Persona' e 'persone giuridiche' nell'età moderna» se ha reeditado en *Íd.*, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Il Mulino, Bologna, 1978, pp. 193-272, de donde (p. 200) se ha extraído el pasaje arriba citado de Donello; P. Grossi (ed.), «Itinerari moderni della persona giuridica», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 11-12, Giuffrè, Milano, 1982-1983; B. Albanese, «Persona (diritto romano)», en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, vol. XXXIII, 1983, pp. 169-181; A. Campitelli, «Persona (diritto intermedio)», *ibid.*, pp. 181-193.

3. Por lo tanto, de *status personae*, dada su equivalencia con «personalidad», se deberá hablar también a propósito de las personas jurídicas, en contraste con los usos corrientes que, como se ha dicho en la nota 1, suelen asociar los estatus jurídicos subjetivos (*personae*, *familiae* y *civitatis*) sólo a las personas físicas (así, por ejemplo, F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1962, § 1, pp. 23-24 y D. Barbero, *Sistema del diritto privato italiano*, Utet, Torino, 1965, I, §§ 66 y 82-97, pp. 143 y 161-171). Sobre 'persona' y 'personalidad' en general, véanse P. Rescigno, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Il Mulino, Bologna, 1966; P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Jovene, Napoli, 1972; P. Zatti, *Persona giuridica e soggettività. Per una definizione del concetto di 'persona' nel rapporto con la titolarità delle situazioni soggettive*, Cedam, Padova, 1975; G. Alpa, *La persona. Tra cittadinanza e mercato*, Feltrinelli, Milano, 1992; F. Riccobono, «L'enigmatico concetto di persona giuridica»: *Parolechiave* 10-11 (1996), 85-107. Al tema de las personas es sin duda al que se han dedicado, hace ya bastantes años, la mayoría de los estudios de enfoque filosófico-analítico: recuérdense C. Magni, «Soggetto e persona nel diritto. (Contributo metodologico)»: *Il diritto ecclesiastico* (1951), 1 ss.; H. L. A. Hart, «Definición y teoría de la ciencia jurídica»; U. Scarcelli, *Filosofia analitica e giurisprudenza*, Istituto Editoriale Cisalpino, Milano, 1953, p. 92; *Íd.*, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 181-203; F. D'Alessandro, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio* [1969, pero ya difundido en forma de extracto en 1963], reed. Cedam, Padova, 1989; F. Galgano, «Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona

giuridica (Studi per un libro sulle persone giuridiche): *Rivista di diritto civile* XI/1 (1965), 553-633; A. Pintore, «Il concetto di persona giuridica nell'indirizzo filosofico analitico», en P. Grossi (ed.), «Itinerari moderni...», cit., II, pp. 738 ss.; A. Aarnio, «Persona jurídica, ¿una ficción?»: *Doxa* 3 (1986), 85-92.

4. Así pues, esta noción de 'sujeto jurídico' se identifica con la kelseniana de «persona» como centro de imputación de actos o situaciones jurídicas (recordada *supra*, en la nota 5 del capítulo III) y, más en general, con la habitual en el lenguaje jurídico de «sujeto de derecho», o «sujeto de derechos y deberes», confundida con frecuencia con la de «sujeto jurídicamente capaz»: cf., por todos, A. Pizzorusso, «Delle persone fisiche. Artt. 1-4», en *Commentario del codice civile. Libro I. Delle persone e della famiglia (artt. 11-35)*, cit., 1988, p. 3, que identifica «sujeto de derecho» con el «centro de imputación de las situaciones jurídicas activas y pasivas que surge en virtud de las normas de un ordenamiento dado cuando se verifica una situación de hecho ('supuesto de hecho concreto') conforme a la previsión contenida en la propia norma ('supuesto de hecho abstracto')». En este sentido, por lo demás, 'sujeto jurídico' (y 'subjektividad jurídica') es entendido aquí en un significado más amplio que la noción de 'persona' (y de 'personalidad') y que la noción, que definiré más adelante, de 'jurídicamente capaz' (y de 'capacidad jurídica'): en efecto, mientras que estas figuras corresponden ambas a estatus jurídicos, la subjektividad jurídica —por ejemplo de las sociedades simples y más en general de los sujetos jurídicos colectivos (T7.78-T7.84) desprovistos de personalidad—, aun comportando la imputabilidad de actos y/o de situaciones, no es un estatus jurídico en el sentido aquí definido, pues no es el producto de ningún acto específico.

5. Artículos 1 y 2 de los Pactos internacionales de 1966. Sobre minorías, cf. A. Pizzorusso, *Minoranze e maggioranze*, Einaudi, Torino, 1993. Sobre los «pueblos» y otros tipos de sujetos jurídicos colectivos, véanse, *infra*, las notas 43-50.

6. Es la expresión usada por el artículo 136 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar del 10.12.1982: «La Zona (de alta mar) y sus recursos son patrimonio común de la humanidad», sean éstos «sólidos, líquidos o gaseosos», *in situ* o «situados en los fondos marinos o en su subsuelo» (art. 133); «Todos los derechos sobre los recursos de la Zona», añade el artículo 137, párrafo segundo, «pertenecen a toda la humanidad, en cuyo nombre actuará la Autoridad [Internacional de los Fondos Marinos]. Estos recursos son inalienables»; «Las actividades en la Zona», establece finalmente el artículo 140, «se realizarán en beneficio de toda la humanidad», «prestando consideración especial a los intereses y necesidades de los Estados en desarrollo» y deberá asegurarse la distribución equitativa de los beneficios «sobre una base no discriminatoria». Como «incumbencia de toda la humanidad» son a su vez calificados los espacios ultraterrestres por el artículo 1 del correspondiente Tratado del 27.1.1967, que impone su utilización «en provecho y en interés de todos los países, sea cual fuere su grado de desarrollo económico y científico». Sobre la noción de «patrimonio de la humanidad», véanse A. Cassese, *Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo*, Il Mulino, Bologna, 1984, pp. 440 ss.; B. Conforti, *Diritto internazionale* [1987], Editoriale Scientifica, Napoli, 2003, § 33.2 y 37.2, pp. 279-281 y 295-297; M. Barrère, *Terre, patrimoine commun. La science au service de l'environnement et du développement*, La Découverte, Paris, 1992; J. M. Pureza, *El patrimonio común de la humanidad. ¿Hacia un Derecho internacional de la solidaridad?*, Trotta, Madrid, 2002; AA.VV., *L'eau, patrimoine commun de l'humanité*, Centre Tricontinental, L'Harmattan, Paris, 2002. Sobre la base de este concepto, Salvatore Senese ha propuesto la configuración de la «humanidad» como sujeto jurídico al que imputar, junto a los seres

humanos particulares de carne y hueso, derechos fundamentales a la preservación de las condiciones ambientales de vida en nuestro planeta («Un nuovo soggetto di diritti: l'umanità», en E. Balducci, *Le tribù della terra: orizzonte 2000*, Edizioni Cultura della Pace, San Domenico di Fiesole, 1991, pp. 100 ss.). De «derechos del género humano» y de la «humanidad» como sujeto habla también F. Viola, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2000, cap. X, pp. 186-188. La idea de la «humanidad» como sujeto de *suprema potestas* fue formulada por vez primera por Francisco de Vitoria: «Habet enim totus orbis, qui aliquo modo est una respublica, potestate ferendi leges aequas et convenientes omnibus, quales sunt in iure gentium [...] Neque licet uni regno nolle teneri iure gentium: est enim latum *totius orbis auctoritate*» [El orbe en su totalidad, que de algún modo es una única república, tiene efectivamente la potestad de proponer leyes equitativas y convenientes para todos, cuales las hay en el derecho de gentes [...] y ni a un solo reino le es lícito no querer someterse al derecho de gentes, pues ha sido propuesto por la autoridad de todo el orbe] (F. Vitoria, *De potestate civili* [1528], en *Relecciones Teológicas del Maestro Fray Francisco de Vitoria*, ed. de L. G. Alonso Getino, La Rafa, Madrid, 1934, tomo II, § 21, p. 207). La misma idea fue retomada por F. Suárez, *De legibus ac Deo legislatore* [1612], versión cast. de J. R. Muniozguren, *Tratado de las leyes y de dios legislador*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, vol. II, lib. III, cap. II, §§ 3-4, pp. 201-202: «Dicendum ergo est, hanc potestatem ex sola rei natura in nullo singulari homine existere, sed in *hominum collectione* [...] Hinc facile concluditur altera pars assertionis, nimirum potestatem hanc ex vi solius iuris naturae esse in hominum communitate [...] His vero addendum est, hanc potestatem non ita esse ex natura rei in multitudine hominum, ut necessario sit una numero in tota specie, seu in tota collectione hominum existentium in universo orbe» [Hay que decir, por tanto, que esta potestad, por la sola naturaleza de la cosa, no existe en ningún hombre singular, sino en el *colectivo humano* [...] De aquí se concluye fácilmente la segunda parte del aserto: que, evidentemente, esta potestad reside en la comunidad humana por la fuerza de sólo el derecho natural [...] Pero a esto debe añadirse que esta potestad, por la naturaleza de la cosa, no reside en la masa humana de forma que necesariamente sea única en toda la especie, o sea, en la totalidad del colectivo humano existente en el universo mundo]. Una tesis análoga fue luego sostenida por A. Verdross, *Die Souveränität der Staaten und Völkerrecht* [1920], cit. por A. Carrino (ed.), *Kelsen e il problema della sovranità*, Esi, Napoli, 1990, p. 11. Y recientemente han hablado de «pueblo-mundo» P. Zarifian, *L'emergere di un popolo mondo*, Ombre Corte, Verona, 2000 y G. Bronzini, *I diritti del popolo mondo*, Manifestolibri, Roma, 2003.

7. Sobre las generaciones futuras y sus derechos, cf. G. Pontara, *Etica e generazioni future. Una introduzione critica ai problemi filosofici* [1995] (trad. cast. de I. Riera, *Ética y generaciones futuras*, Ariel, Barcelona, 1996) y la amplia bibliografía allí recogida. La primera y solemne referencia normativa a las generaciones futuras está contenida, como recuerda Pontara (*op. cit.*, pp. 7 y 8), en el exordio de la Carta de las Naciones Unidas de 1945: «Nosotros, los pueblos de las Naciones Unidas, resueltos a preservar a las generaciones venideras del azote de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles...». Pontara recuerda además la Stockholm Declaration on the Human Environment de 1972, cuyo preámbulo afirma que «defender y mejorar el medio ambiente humano para las generaciones presentes y futuras se ha convertido en meta imperiosa de la humanidad», y cuyos dos primeros artículos imponen «proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes o futuras», así como preservar «los recursos naturales de la tierra, incluidos el aire, el agua, el

suelo, la flora y la fauna [...] en beneficio de las generaciones presentes y futuras». Análogos principios se establecen en la Bern Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats de 1979 y en la Asian Convention on the Conservation of Nature and Natural Resources de 1985. Una específica Declaración Universal de Derechos Humanos de las generaciones futuras ha sido adoptada por la UNESCO el 26 de febrero de 1994. En el ordenamiento italiano, la primera referencia a las generaciones futuras está contenida en la ley n.º 394 de 6.12.1991, que instituye los «espacios naturales protegidos» imponiendo, en el artículo 2, párrafo 1.º, «la intervención del Estado a los fines de su conservación para las generaciones presentes y futuras». Y en fin, de «derechos de las generaciones futuras» habla expresamente el artículo 1, párrafo 2.º, de la ley n.º 36 de 5.1.1994 titulada *Disposiciones en materia de recursos hídricos*: «Cualquier uso de las aguas se efectúa salvaguardando las expectativas y los derechos de las generaciones futuras a disfrutar de un patrimonio ambiental íntegro». Pero es claro que estos «derechos» son a su vez «futuros», tanto como los sujetos de las generaciones futuras.

8. Cf., *supra*, la nota 1 del capítulo III. En estos últimos años se ha desarrollado una amplia literatura sobre los «derechos» de los animales: véanse P. Singer, *Animal Liberation* [1975], trad. cast., *Liberación animal*, Trotta, Madrid, 1999; S. Castignone, «I diritti degli animali: la prospettiva utilitarista»: *Materiali per una storia della cultura giuridica XIII/2* (1983), 397-421; Íd. (ed.), *I diritti degli animali*, Il Mulino, Bologna, 1988; Íd., *Nuovi diritti e nuovi soggetti. Appunti di bioetica e biodiritto*, Ecig, Genova, 1996; Íd., *Povere bestie. I diritti degli animali*, Marsilio, Venezia, 1997; T. Regan, *The Case for Animal Rights* [1983], trad. it., *I diritti animali*, Garzanti, Milano, 1990; M. Mazza, *Uccisione o danneggiamento di animali altrui*, en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XLV, 1992, pp. 472 ss.; F. Viola, *Stato e natura*, Anabasi, Milano, 1995; Íd., *Dalla natura ai diritti* [1997], trad. cast. de V. Bellver, *De la naturaleza a los derechos*, Comares, Granada, 1998, cap. IV; M. Talacchini, *Diritto per la natura. Ecologia e filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996; V. Pocar, *Gli animali non umani*, Laterza, Roma-Bari, 1998; A. Mannucci y M. Talacchini (eds.), *Per un codice degli animali. Commenti sulla normativa vigente*, Giuffrè, Milano, 2001.

9. El concepto de «persona jurídica» o «ficticia», como sujeto diferenciado de las personas físicas singulares que con diversas fórmulas forman parte de ella, es un concepto moderno, desconocido para el derecho romano y para el derecho intermedio, que sí conocían la figura de la *universitas* pero sin distinguirla de sus miembros. El camino a través del cual se ha llegado desde la *universitas* de ascendencia romana a la elaboración de la figura de la persona jurídica es reconstruido por R. Orestano, «'Persona' e 'persone giuridiche' nell'età moderna», cit., § 1-2, pp. 193-207: desde la Glosa de Accursio, que en el siglo XIII aún afirmaba que «universitas nihil est, nisi singuli homines qui ibi sunt» [la comunidad universal no es nada, sino todos y cada uno de los hombres que hay en ella] (*Glossa in Digestum vetus*, Venetiis, 1489, reimpr. anast. Ex Officina Erasmiana, Torino, 1969, gl. *non debetur* en D.3.4.7.1), a la primera aparición de la noción canonística de *persona ficta* por obra de Sinibaldo dei Fieschi, futuro papa Inocencio IV, que comentando una decretal de Gregorio IX afirmó que «collegium in causa universitatis fingatur una persona» [en el debate sobre la comunidad universal simúlase un colegio de una sola persona] (*In quinque libros Decretalium*, Venetiis, 1570, fol. 1632), hasta el uso por primera vez, por parte de Arnold Heise, *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts* [1817], 3.ª ed., Mohr und Winter, Heidelberg, 1819, I, § 98, n.º 15, de la expresión «persona jurídica» (*juristische Personen*): categoría retomada y desarrollada después, como se verá *infra* en la nota 13, por F. C. Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts* [1840-1849],

trad. cast. del francés de J. Mesía y M. Poley, *Sistema del derecho romano actual*, prólogo de M. Durán y Bas, ed. y estudio preliminar de J. L. Monereo, Comares, Granada, 2005, Libro II, §§ LXXXV-CII, pp. 286-344, y por B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, Utet, Torino, 1902, vol. I, parte I, §§ 57-62, pp. 232-252. Pero el concepto, como se verá en la nota siguiente y en las notas 13 y 30, está ya presente en Thomas Hobbes, aunque sea con palabras diferentes y en mi opinión incluso más apropiadas, que por eso he adoptado en mis definiciones. Cf. también, para la historia del concepto, I. Birocchi, *Persona giuridica nel diritto medioevale e moderno*, en *Digesto*, IV Edizione, cit., vol. XIII, 1995, pp. 407-420.

10. La primera y más neta distinción entre personas físicas (o naturales) y personas jurídicas (o artificiales) se remonta a Th. Hobbes, *Leviatán, o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Alianza, Madrid, 1989, cap. XVI, §§ 1-3: «Una persona es aquel cuyas palabras o acciones son consideradas, o bien como suyas, o bien como representaciones de palabras o acciones de otro hombre o de cualquier otra cosa a la que son verdadera o ficcionalmente atribuidas. Cuando son consideradas como suyas, entonces la persona se llama *persona natural*; y cuando son consideradas como representaciones o acciones de otro, tenemos entonces una *persona fingida o artificial*. La palabra persona es latina; los griegos la designaban con el término *prósopon* que significa la *faz*, igual que *persona*, en latín, significa el *disfraz* o *aspecto externo* de un hombre a quien se representa ficcionalmente en el escenario. Algunas veces, el término significa, más particularmente, la parte del disfraz que cubre el rostro, como una máscara o careta. De la escena se ha trasladado a cualquiera que representa un lenguaje y acción, tanto en los tribunales como en los teatros. De manera que una *persona* es lo mismo que un *actor*, tanto en el escenario como en la conversación ordinaria. Y *personificar* es un *actuar* o *representar* a uno mismo o a otro». En particular el Estado, añade Hobbes, es el «representante» de los súbditos que pactan (*ibid.*, cap. XVIII, § 1). Cf. también Th. Hobbes, *Elements of Law Natural and Politic* [1640], trad. cast. de D. Negro Pabón, *Elementos de Derecho natural y político*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, parte I, cap. XIX, § 9, p. 249; *Íd.*, *De homine* [1658], cap. XV. Sobre el concepto hobbesiano de persona véase también, *infra*, la nota 30. Samuel Pufendorf en cambio distinguió, dentro de la categoría general de la *persona moralis*, entre *personae simplices*, que son los seres humanos, y *personae compositae*, es decir, los entes a los que también llamó *entia moralia* (*De iure naturae et gentium* [1672] I, 1, f. 12, Barbeyrac, London, 1740, I, pp. 42 ss.): expresión que desde entonces entró en el léxico jurídico como sinónimo de «personas jurídicas» aunque, como ha observado Orestano («Persona» e «persone giuridiche» nell'età moderna», cit., pp. 201-202), *moralis* originariamente, en el uso de Pufendorf que llegó a ser predominante, designase, con referencia a los *mores*, toda la clase de las personas, incluidas las humanas. La misma distinción entre «personas simples» y «personas complejas» fue retomada en Italia por F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, ³1951, §§ 47-48, pp. 112-119.

11. Uso preferiblemente las expresiones «persona artificial» en lugar de «persona jurídica» y «persona natural» en vez de «persona física» —adoptando la terminología hobbesiana y derogando la regla de apartarse lo menos posible del léxico común— por tres razones. Ante todo porque «jurídicas», o sea tales en sentido jurídico, son, en rigor, todas las personas, incluidas las físicas o naturales. En segundo lugar para subrayar, frente a las tentaciones antropomórficas y organicistas que subyacen con frecuencia a las doctrinas iuspublicistas en la concepción del Estado y de los demás entes públicos, el carácter ficticio de las personas denominadas «jurídicas» en contraposición al carácter natural de las

personas denominadas «físicas». En tercer lugar, y consiguientemente, para acen-
tuar la contraposición entre las dos clases de personas frente a la homologación
de las mismas realizada por Hans Kelsen: éste, confundiendo el *status personae*
y el individuo al que tal estatus es conferido, concibe también las personas físicas
como una creación jurídica (véase, *infra*, la nota 15). Por lo demás, la expresión
«persona natural» no es nueva: como señala R. Orestano («'Persona' e 'persone
giuridiche' nell'età moderna», cit., pp. 200-201), dicha expresión aparece, ya
en el siglo XVI, en un escrito de Pierre Gregoire de 1593 que habla del *status
personarum naturalis*. Pero sobre todo es usada por Hobbes, junto y en oposi-
ción a «persona artificial», en el fragmento reproducido en la nota precedente.
Aparece, en fin, en el Código Civil alemán y en el español. La literatura sobre
las personas es abundantísima. Sobre las personas físicas me limito a recordar
M. Bessone y G. Ferrando, «Persona fisica (diritto privato)», en *Enciclopedia del
diritto*, cit., vol. XXXIII, 1983, pp. 193-224; M. Dogliotti, «Le persone fisiche»,
en P. Rescigno (dir.), *Trattato di diritto privato*, 2. *Persona e famiglia*, Utet, Tori-
no, 1999, pp. 3-274. Sobre las personas jurídicas, recuérdese la clásica monogra-
fía de F. Ferrara, Sen., *Teoria delle persone giuridiche* [1915], reimp. de la 2.^a ed.
con notas de F. Ferrara, Jr., *Le persone giuridiche*, 2.^a ed., Utet, Torino, 1958.
Cf. además C. Gangi, *Persone fisiche e persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 1948;
G. Rossi, *Persona giuridica, proprietà e rischio d'impresa*, Giuffrè, Milano, 1967;
F. Galgano, *Delle persone giuridiche. Artt. 11-35*, en *Commentario del codi-
ce civile*, cit., 1969; Íd., *Diritto civile e commerciale*, Cedam, Padova, 1990,
vol. I, §§ 45-49, pp. 169-190; Íd., *Persona giuridica*, en *Digesto. IV Edizione*,
cit., vol. XIII, 1985, pp. 392-407; M. Basile y A. Falzea, «Persona giuridica (di-
ritto privato)», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XXXIII, 1983, pp. 234-276;
M. V. De Giorgi, «Le persone giuridiche in generale. Le associazioni riconosciute
e le fondazioni», en *Trattato di diritto privato*, cit., pp. 277-461; M. Basile,
«Gli enti 'di fatto'», *ibid.*, pp. 463-568; Íd., *Le persone giuridiche*, Giuffrè, Mil-
ano, 2003; G. Ferrara, «Il diritto come storia»: *Diritto pubblico* 1 (2005), 5-11.
Cf. también P. Stein, *Legal Institutions. The Development of Dispute Settlement*
[1984], trad. it., *I fondamenti del diritto europeo*, Giuffrè, Milano, 1987, cap. X,
pp. 175-177.

12. Cf., por ejemplo, D. Barbero, *Sistema del diritto privato italiano*, cit., I,
§ 70, pp. 147-148: «Niego de la manera más absoluta que el ordenamiento ju-
rídico tenga la decisión de atribuir o negar la 'personalidad jurídica' al hom-
bre [...] La personalidad jurídica del hombre no puede sino ser 'reconocida'; la
atribución es obra de la naturaleza misma». Un análogo principio iusnaturalista
fue formulado en la primera parte del § 16 del Código Civil austríaco de 1811:
«Todo hombre tiene derechos innatos reconocibles por la razón, y por lo tanto
se debe considerar como persona».

13. Una reseña de las distintas teorías y concepciones de las personas jurí-
dicas es ofrecida por F. Ferrara, Sen., *Le persone giuridiche*, cit., §§ 8-16, pp. 18-
46, y por R. Orestano, «'Persona' e 'persone giuridiche' nell'età moderna», cit.,
§ 3, pp. 208-220, que las dividen en «teorías de la ficción» y «teorías orgánicas
de la realidad». La formulación más clásica de la teoría de la ficción se remonta a
F. C. Savigny: «Todo individuo, y sólo el individuo, tiene capacidad de derecho.
Verdaderamente que el derecho positivo puede modificar la idea primitiva de la
persona, restringiéndola o ampliándola, de igual modo que puede negar a ciertos
individuos la capacidad de derecho en totalidad y en parte, y además, arran-
cando, por decirlo así, dicha capacidad del individuo, crear artificialmente una
personalidad jurídica» (*Sistema del derecho romano actual*, cit., Libro II, cap. II,
§ LX, pp. 185-186); «He tratado de la capacidad jurídica por lo que toca al indi-

viduo [§ LX], y ahora la voy a considerar en relación con otros seres *ficticios*, a los que se les llama *personas jurídicas*, es decir, personas que no existen sino para fines jurídicos» (*ibid.*, § LXXXV, p. 287). Sostienen la misma teoría F. Laurent, *Principes du droit civil* [1869-1879], trad. it., *Principii di diritto civile*, Società Editrice Libreria, Milano, 1900, §§ 287-316, pp. 278-314, que llama a las personas jurídicas «personas civiles» (retomando la expresión usada por Hobbes en el pasaje citado, *infra*, en la nota 30) y afirma su creación por el Estado, pese a que el Código Civil de Napoleón no hace mención de ellas; E. Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile* [1881], Utet, Torino, 1925, 5.^a ed. a cargo de G. Venzi, II, §§ 113-119, pp. 258-305; E. Gianturco, *Sistema di diritto civile italiano* [1884], Pierro, Napoli, 1894, I, § 32, pp. 103-110. Pero en la misma línea pueden considerarse también F. Ferrara, Sen., *Le persone giuridiche*, cit., §§ 15-16, pp. 32-46, que sin embargo prefiere concebir las personas jurídicas, en lugar de como ficciones, como «formas jurídicas de unificación y concentración de derechos, obligaciones y potestades para potenciar la persecución de intereses humanos» (*ibid.*, p. 39), y Hans Kelsen (cuyas tesis vienen recordadas en las dos notas siguientes y en la nota 34 del capítulo VIII). La teoría de la realidad fue en cambio formulada por Otto von Gierke, *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, Weidmann, Berlin, 1881, vol. III, quien concibió a las personas jurídicas como «organismos naturales», desarrollando una doctrina organicista que influirá en toda la iuspublicística alemana e italiana, y en particular en la teoría del Estado, a caballo entre los dos siglos. Pero también ha tenido partidarios entre los civilistas, como se deduce, por ejemplo, del fragmento de Domenico Barbero citado aquí al final de la nota 35. Su formulación más clásica, por lo demás, sigue siendo la ofrecida por la imagen antropomórfica del Leviatán descrita por Thomas Hobbes y recordada *infra*, en la nota 29 del capítulo XII. Algunos, finalmente, han negado la consistencia teórica del concepto mismo de persona jurídica: recuérdese a R. Jhering, *Geist des römischen Rechts* [1852-1858] (hay trad. cast. de E. Príncipe y Satorres, *El espíritu del derecho romano*, nueva ed. con estudio preliminar de J. L. Monereo, Comares, Granada, 1998), quien consideró las personas jurídicas como instrumentos o expedientes técnicos para hablar de entidades tras las cuales están los individuos de carne y hueso; T. Ascarelli, «Considerazioni in tema di società e personalità giuridica» [1954], en *Saggi di diritto commerciale*, Giuffrè, Milano, 1955, pp. 130 ss.; *Id.*, «Personalità giuridica e problemi della società» [1957], ahora en *Problemi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1959, vol. I, pp. 233 ss., quien igualmente consideró a la «persona jurídica» como «expresión abreviada» o «modo de expresar una disciplina normativa».

14. H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1958, 2.^a reimp. 1979, parte I, cap. IX, A, p. 110.

15. *Ibid.*, p. 111. Pero Kelsen llegó a asimilar absurdamente ‘persona jurídica’ y ‘persona física’ también en lo relativo a su existencia natural: «Menos aún que la física tiene la persona jurídica una existencia natural-real» (H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* [ed. de 1934], trad. cast. de J. T. Tejerina, *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, Editora Nacional, México, 1974, p. 86). Véase también, *infra*, la nota 34 del capítulo VIII.

16. La incompatibilidad entre ‘persona’ y ‘cosa’ es expresada por Kant —además de en sentido axiológico y normativo, como segundo imperativo de la moral (en los fragmentos citados *supra*, en la nota 3 del capítulo III)— también en sentido teórico y asertivo, mediante las dos siguientes definiciones que bien podrían ser deducidas aquí como teoremas: «Persona», escribe Kant, «es el sujeto cuyas acciones son imputables [...] Una cosa es algo que no es susceptible de imputación. Todo objeto del libre arbitrio, carente él mismo de libertad, se llama, por

tanto, cosa (*res corporalis*)» («Principios metafísicos de la doctrina del derecho, Introducción a la metafísica de las costumbres», § IV, en *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 30).

17. Sobre la naturaleza moral —prescriptiva y no descriptiva— de la tesis «x es una persona», y sobre el problema específico pero paradigmático de si el feto es una persona, remito a mis trabajos «Aborto, morale e diritto penale»: *Prassi e teoria* 3 (1976), 397-418; «La questione aborto». Il problema morale e il ruolo della legge»: *Critica marxista* 3 (1995), 41-47; «La questione dell’embrione tra diritto e morale»: *Politeia* XVIII/65 (2002), 155-166 (trad. cast., «La cuestión del embrión entre derecho y moral»: *Jueces para la democracia* 44 [julio de 2002]), donde se desarrolla asimismo la tesis moral sostenida aquí según la cual la autodeterminación de la maternidad tiene un papel performativo de la persona del nascituro. En el plano jurídico, naturalmente, el problema del momento en el que el sujeto adquiere la personalidad es resuelto por el derecho positivo, que en casi todos los códigos civiles lo identifica con el momento del nacimiento: así sucede en el Código Civil italiano (art. 1), en el alemán (art. 1), el español (arts. 29 y 30) y el portugués (art. 66).

18. Recuérdense otra vez los fragmentos de Kant reproducidos en la nota 3 del capítulo III.

19. «La única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo. Ésas son buenas razones para discutir, razonar y persuadirle, pero no para obligarle o causarle algún perjuicio si obra de manera diferente. Para justificar esto sería preciso pensar que la conducta de la que se trata de disuadirle producía un perjuicio a algún otro. La única parte de la conducta de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le concierne absolutamente a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano» (J. S. Mill, *On Liberty* [1861], trad. cast. de P. de Azcárate, prólogo de I. Berlin, Alianza, Madrid, 1990, Introducción, pp. 65-66).

20. Son los propios antiabortistas los que suelen declarar abiertamente que éste es su principal objetivo: «Cualquier normativa sobre el aborto requiere ante todo que la ley lo reconozca como delito. Y ello comporta, también por razones educativas, la previsión de penas» (*Aborto e legge di aborto. Documento del Consiglio permanente della Conferenza Episcopale Italiana*, del 8.2.1975, cit. en C. Papa, *Dibattito sull’aborto*, Guaraldi, Rimini-Firenze, 1975, p. 61); «La legalización del aborto hace que la mayor parte de la población, que no distingue entre ‘moral’ y ‘legal’, entienda que el aborto ya no es un mal moral ni un delito si la ley lo permite» («È cominciata in Italia la campagna per l’aborto»: *Civiltà cattolica* I [1975], 268).

21. Sobre la separación entre derecho y moral remito, por el momento, a mis trabajos *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2009, cap. IV; «Proibizionismo e diritto», en L. Manconi (ed.), *Legalizzare la droga. Una ragionevole proposta di sperimentazione*, Feltrinelli, Milano, 1991; «La cuestión del embrión...», cit.

22. El «fanatismo», tal y como es descrito por R. M. Hare, *Freedom and Reason* [1963], trad. it., *Libertà e ragione*, Il Saggiatore, Milano, 1971, cap. IX, pp. 213-247, es la actitud de quien persigue la afirmación de sus principios mo-

rales dejando que se impongan sobre los intereses reales de las personas de carne y hueso y permaneciendo indiferente ante los enormes daños que su actuación provoca a millones de seres humanos.

23. Sobre la dramatización del conflicto entre la madre y el potencial hijo por efecto de la configuración del feto como intrínsecamente «persona», cf. T. Pitch, «Relazioni pericolose»: Democrazia e diritto 1 (1996), 82: «Al ser potencial víctima de la madre, el feto queda en condición, o en la posición, de reivindicar derechos frente a ella. Es por este nuevo estatuto de víctima por lo que pide reconocimiento de plena personalidad jurídica [...] Naturalmente, el paradigma oculto del riesgo materno es el aborto. Todas y todos, potencialmente, hemos corrido el riesgo de no nacer por voluntad de nuestras madres. Probablemente no existe remedio para la consciencia tremenda de este riesgo en el imaginario masculino, ya que nunca se tendrá el poder necesario para ello, y por tanto no puede concebirse más que como arbitrario, caprichoso y desmesurado: sin medida. A él hay que oponer medida masculina, ley, regla segura». Cf. también T. Pitch, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità* [1998], trad. cast. de C. García Pascual, con prólogo de L. Ferrajoli y epílogo de M. Carbonell, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 78-88. El tema del conflicto madre/feto es retomado por M. L. Boccia y G. Zuffa, *L'eclisse della madre. Fecondazione artificiale, tecniche, fantasia e norme*, Nuova Pratiche Editrice, Milano, 1998, pp. 144-147.

24. Entiendo, por tanto, que no está fundada la crítica que me ha formulado Rodolfo Vázquez, según el cual mis tesis, caracterizadas por él como «voluntarismo performativo» o «constitutivo», equivaldrían a concebir al feto como un ser carente de valor, no diferente de los «animales dotados de sensibilidad desarrollada», y conducirían por tanto a «determinar el valor moral de la persona de manera arbitraria, en cualquier momento de la gestación e incluso después del nacimiento» (R. Vázquez, «Comentarios a las propuestas bioético-jurídicas de Luigi Ferrajoli», en M. Carbonell y P. Salazar [eds.], *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 500-501). La tutela de la autodeterminación de la maternidad solamente exige que se prevea un tiempo mínimo —como por ejemplo los tres primeros meses del embarazo previstos por la ley italiana— para decidir el eventual aborto: un tiempo mínimo y puramente convencional, transcurrido el cual el feto tiene el valor, obviamente no revocable, de una futura persona.

25. F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, cit., vol. I, § 28, p. 126 y § 33, p. 137.

26. Se trata de la vieja tesis de Savigny, aludida *supra* en la nota 13, que sólo ve al hombre como sujeto «capaz de derecho». Recuérdense, además de la definición de capacidad jurídica de Francesco Galgano referida al ser humano y recordada en la nota precedente, la de F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., § 1, p. 24, que conecta igualmente la capacidad jurídica «al estado de persona», asociado a su vez, en los usos recordados *supra* en las notas 1 y 3, sólo a las personas físicas. Pero nociones análogas son ofrecidas por casi toda la doctrina: por ejemplo, por F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale* [1939], Giuffrè, Milano, 1957, vol. I, § 15 n.ºs 7-12, pp. 217-222; por F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, cit., § 49, pp. 119-121; por D. Barbero, *Sistema del diritto privato italiano*, cit., I, §§ 68-69 y 74, pp. 145-146 y 150. Constituye una excepción, como se verá en la nota 29, Francesco Ferrara, Sen., según el cual «las personas jurídicas gozan por principio de una capacidad jurídica general».

27. La expresión «sociedad carente de personalidad jurídica» es usada por ejemplo por los artículos 19, párrafo 2.º y 145, párrafo 2.º, del Código de Pro-

cedimiento Civil italiano a propósito de la determinación de su sede a los fines de la competencia territorial y de la notificación judicial. De adquisición de la personalidad jurídica hablan los artículos 2331, párrafo 1.º, y 2498, párrafo 3.º, del Código Civil. Sobre la distinción entre sociedades no dotadas y sociedades dotadas de personalidad, que coincide con la que existe entre las sociedades de personas y el conjunto de las sociedades de capital y las cooperativas, cf., por todos, F. Galgano, *Le società in genere. Le società di persone*, Giuffrè, Milano, 1982, § 26, pp. 127 ss.; Íd., «Delle associazioni non riconosciute e dei comitati. Artt. 36-42», en *Commentario del codice civile*, cit., 1970.

28. La caracterización de las personas artificiales (incluido el Estado) —y no sólo de su personalidad— como efectos de preceptos constitutivos (en el caso del Estado, del acto constituyente) se aclarará mejor en los §§ 8.10-8.13 y 10.9, cuando disponga de las nociones de «norma constitutiva», «norma institutiva» y «estatuto» de las personas jurídicas y de sus ordenamientos.

29. Hemos demostrado así una de las tesis más significativas a propósito de las personas jurídicas, no compartida, como se ha visto en la nota 26, por la dogmática civilista prevalente, con la excepción de Francesco Ferrara: aquella según la cual «las personas jurídicas gozan por principio de una capacidad jurídica general» (F. Ferrara, Sen., *Le persone giuridiche*, cit., § 83, p. 302). Puesto que de hecho, en los ordenamientos evolucionados, también las personas físicas están dotadas de capacidad jurídica «desde el momento de su nacimiento» (art. 1 del Código Civil italiano), y puesto que, por otra parte, la capacidad jurídica supone la personalidad (T7.19), se podría deducir de ello que todas las personas son jurídicamente capaces y que, por tanto, capacidad jurídica y personalidad son términos coextensivos. Ésta, sin embargo, no es una tesis de teoría del derecho, y bien podría suceder, como de hecho sucede, que no todas las personas tuvieran la *misma* capacidad jurídica. Por ejemplo, las personas artificiales, como se verá en el capítulo XI, no son posibles titulares de derechos fundamentales (T11.5), como los derechos políticos, de libertad o sociales; los incapaces de obrar, como por ejemplo los menores, no son titulares de derechos civiles y políticos; el extranjero, a su vez, en el ordenamiento italiano, «puede gozar de los derechos civiles atribuidos a los ciudadanos a condición de reciprocidad» (art. 16, Título prel.) y está excluido del goce de gran parte de los derechos políticos. En la dogmática se ha hablado por eso de la capacidad jurídica como de la «medida de la personalidad jurídica reconocida a cada hombre» (F. Carnelutti, *op. cit.*, p. 120); o bien, más correctamente, como de la «medida de la idoneidad del sujeto para ser titular de relaciones jurídicas», es decir, como de «un *quantum*», en este sentido bien distinto de la personalidad, que «es un *quid* simple»: «se puede ser, como 'persona', más o menos 'capaz'; no se puede ser más o menos 'persona'» (D. Barbero, *op. cit.*, p. 146). Tenemos así un buen ejemplo del diferente estatuto epistemológico de las tesis teóricas y de las tesis de la dogmática jurídica de los ordenamientos positivos particulares, incluso cuando usan los mismos conceptos.

30. Véanse los fragmentos del *Leviatán* transcritos en la nota 1 del capítulo V, en la nota 7 del capítulo VI y, sobre todo, en la nota 29 del capítulo XII. Sobre la paternidad hobbesiana de la idea del Estado como «persona», cf. O. von Gierke, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien* [1880], trad. it. de A. Giolitti de la 3.ª ed. de 1913, *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*, Einaudi, Torino, 1943, parte II, cap. III, pp. 148-152, que se remite también a los desarrollos de Pufendorf. Se remonta igualmente a Hobbes la distinción entre personas privadas y personas públicas: «Aunque todo Estado es una persona civil, no se sigue que toda persona civil sea un Estado. Me explico. Puede ocurrir que varios ciudada-

nos, con el permiso del Estado, se reúnan en una sola persona para dirigir ciertos asuntos. Constituirán, pues, personas civiles, como lo son las corporaciones de mercaderes y muchísimas otras asociaciones, pero no son Estados» (Th. Hobbes, *De Cive* [1647], trad. cast. de A. Catrysse, introd. de N. Bobbio, *Del Ciudadano*, Instituto de Estudios Políticos, Caracas, 1966, I, cap. V, § 10, p. 122). Esta modernísima distinción de las personas en *publicae* y *privatae* es retomada por S. Pufendorf, *De iure naturae et gentium*, cit., I, 12, y por Chr. Thomasius, *Institutiones jurisprudentiae divinae* [1688], reimp. Scientia, Aalen, 1963, I, 18, § 87. La extensión de la figura de la persona jurídica desde el derecho privado al derecho público —combatida por la pandectística civilística que quiere limitarla sólo al campo civilístico de las relaciones patrimoniales (cf. F. C. Savigny, *Sistema del derecho romano actual*, cit., Libro II, cap. II, § LXXXV, pp. 286-289; B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, cit., I, § 57, pp. 232-237)— se debe sobre todo a la iuspublicística alemana, en particular a Carl Friedrich von Gerber, a Paul Laband y a Georg Jellinek.

31. Esta ambivalencia semántica de las instituciones, contempladas bien como personas jurídicas, bien como ordenamientos, será analizada y resuelta *infra*, en los §§ 8.10-8.13.

32. Sobre la autonomía del punto de vista externo —con la que he querido expresar, por un lado, la separación entre derecho y moral y, por otro, el primado de los sujetos constituyentes o naturales sobre los sujetos artificiales por ellos constituidos, incluido el Estado— remito a *Derecho y razón*, cit., cap. XIV.

33. Cf., en particular, P. Costa, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi della cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Giuffrè, Milano, 1980; R. Orestano, «'Persona' e 'persone giuridiche' nell'età moderna», cit., § 5, pp. 227-233. Remito también a mi libro *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, cap. II. En cuanto a los resultados coherentemente totalitarios de la doctrina de la soberanía del Estado, nada más significativo que el fragmento de Alfredo Rocco citado en la nota 22 del capítulo XVI.

34. La identificación de los órganos con las personas humanas a través de las cuales actúan se debe a la iuspublicística alemana. Recuérdese el pasaje del Libro III de la *Allgemeine Staatslehre* (1900) de Georg Jellinek, trad. cast. de la 2.^a ed. alemana y prólogo de F. de los Ríos, *Teoría general del Estado*, ed. de J. L. Monereo, Comares, Granada, 2000, Libro III, cap. 16, p. 533: «Toda asociación necesita de una voluntad que la unifique, que no puede ser otra que la del individuo humano. Un individuo cuya voluntad valga como voluntad de una asociación, debe ser considerado, en tanto que subsista esta relación con la asociación, como instrumento de la voluntad de ésta, es decir, como órgano de la misma»; *ibid.*, p. 669: «Mediante la cultura, salvo los casos excepcionales antes mencionados, se enlaza indefectiblemente el proceso efectivo de la organización con las normas jurídicas, de suerte que la designación del individuo como órgano sólo puede tener lugar sobre la base de una designación llevada a cabo de acuerdo con el orden jurídico». Pero véanse también, en el mismo sentido, R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat* [1922], trad. cast. con prefacio de H. Gros Espiell, UNAM-FCE, México, 1.^a reimp. de la 2.^a ed., 2000, p. 990: «Por órganos hay que entender a los hombres que, individual o corporativamente, quedan habilitados por la Constitución para querer por la colectividad y cuya voluntad vale, por esta habilitación estatutaria, como voluntad legal de la colectividad»; H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., parte I, IX, C, c, p. 115: «Un individuo obra como órgano de una sociedad si su conducta corresponde de cierta manera al orden especial constitutivo de la persona colectiva»; *ibid.*, parte II, I, B, pp. 229-230: «La persona que cumple una

función determinada por el orden jurídico tiene el carácter de órgano [...] Un órgano, en este aspecto, es un individuo que realiza una función específica [...] Los órganos del Estado, en el sentido estricto, se llaman funcionarios». Sobre esta cuestión véanse las observaciones críticas de A. Ross, *On the Concepts 'State' and 'State Organs' in Constitutional Law* [1961], trad. cast. de G. Carrió y O. Paschero, «Sobre los conceptos de 'Estado' y 'Órganos del Estado' en Derecho Constitucional», en Íd., *El concepto de validez y otros ensayos*, Fontamara, México, 1993, pp. 83-106, quien sin embargo, aunque hablando de «un elemento de misticismo» y de una «metáfora» (*ibid.*, pp. 92-93), no se aleja de la tesis de que «órganos del Estado» son las «personas autorizadas» a obrar como tales (p. 95).

35. En la doctrina italiana, la formulación más clásica de esta construcción es ofrecida por Santi Romano, «Organi» [1944], en *Frammenti di un dizionario giuridico* [1947], trad. cast. de S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín, «Órganos», en *Fragmentos de un diccionario jurídico*, ed. de J. L. Monereo, Comares, Granada, 2002, pp. 189-221, que entre otras cosas declara explícitamente su trasfondo ideológico. Sentado que es «un contrasentido configurar al Estado, al ente soberano, al sujeto superior a todo otro, como una persona incapaz, un menor o un enfermo mental» (*ibid.*, p. 193), y que por otra parte no hay razón en este aspecto para configurar a los otros entes y personas jurídicas, tanto públicas como privadas, de modo diferente al Estado, Romano observa que «si órgano es un elemento del ente que tiene la función de hacer querer y actuar a dicho ente, de ello se sigue que es un individuo que solo o con el concurso de otros individuos tiene dicho cometido, el cual no puede ser cumplido más que por personas físicas. Éste es el significado más simple y más completo de la palabra 'órgano'. El individuo que asuma la cualidad de órgano, debe ser, no una persona que quede extraña al ente, fuera de él, sino un individuo que quede incorporado en él, de modo que la voluntad y la acción suyas puedan considerarse como voluntad y acción del ente: él no quiere ni actúa por el ente, en vez y por cuenta del ente, sino que, como lo hemos dicho y conviene repetirlo, hace querer y obrar al ente, prestándole cualidades físicas y psíquicas que el ente, de lo contrario, no poseería, pero que de ese modo vienen a constituir cualidades también de este último, confiriéndole una capacidad que en cuanto a los individuos es, antes que jurídica, natural, mientras que para el ente es meramente jurídica [...] Quien desconoce esta posibilidad, muestra no darse cuenta de lo que el derecho puede realizar, con resultados verdaderamente admirables» (*ibid.*, pp. 200-201). De donde se sigue que «el órgano hace al ente al cual pertenece capaz de obrar, de modo que si éste es persona jurídica, su capacidad es entera, esto es, reúne en sí la llamada capacidad de derecho y la llamada capacidad de obrar, mientras que si no es persona, la última capacidad queda separada de la primera y, por tanto, no basta para conferirle la personalidad: se trataría de una capacidad que, aun teniendo carácter jurídico en cuanto constituida por el derecho, se podría asimilar, salvo las necesarias diferencias, a la capacidad natural de los individuos a quienes se les hubiese negado la cualidad de personas» (*ibid.*, p. 205). La tesis, un tanto aislada, de la incapacidad de obrar de las personas jurídicas fue sostenida por N. Coviello, *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, Società Editrice Libreria, Milano, 1929, pp. 219-222, y retomada por A. Falzea, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, pp. 172 ss.; Íd., «Capacità (teoria generale)», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. VI, 1960, pp. 31-34: «Las personas jurídicas no tienen capacidad de obrar, pero poseen capacidad para que se les imputen jurídicamente supuestos de hecho» (p. 34). Pero está bastante más difundida la tesis de la capacidad de obrar ligada a la concepción organicista de la persona jurídica y de su relación con la persona física que la «hace querer y

obrar», ilustrada por Romano en el fragmento arriba recordado: cf., por ejemplo, P. Rescigno, *Capacità d'agire*, en *Digesto. IV Edizione*, cit., 1988, vol. II, § 7, pp. 216-217. La imagen antropomórfica de las personas jurídicas que resulta de ella queda bien explicitada por Domenico Barbero, que coherentemente equipara con los órganos del cuerpo humano las personas físicas de los funcionarios a través de los cuales aquellas personas actúan «del mismo modo que la persona física se expresa por medio de sus 'órganos' (la cabeza, la mano, la boca) y tales órganos no se expresan (no quieren, no escriben, no hablan) *en nombre* de la persona física, sino que son sólo instrumentos *físicos* mediante los cuales la persona misma, directamente y *en nombre propio*, quiere, escribe y habla» (D. Barbero, *Sistema del diritto privato italiano*, cit., vol. I, § 121, pp. 196-198). Sobre el debate doctrinal, sobre la génesis del concepto de órgano y sobre los muchos problemas generados por éste, cf. M. S. Giannini, «Organi (teoria generale)», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XXXI, 1981, pp. 37-60.

36. También sostienen, en efecto, la tesis de la capacidad de obrar de las personas jurídicas, negada por nuestras T7.43 y T7.53, muchos de los autores que conciben a tales entidades como ficciones: por ejemplo, F. Ferrara, Sen., *Le persone giuridiche*, cit., § 92, pp. 316-318, que como se ha visto en la nota 29 les reconoce también la capacidad jurídica; F. Messineo, *Dottrina generale del contratto* (Artt. 1321-1469 *cod. civ.*), Giuffrè, Milano, ³1948, p. 146; F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., § 58, p. 268. Una tesis de compromiso ha sido recientemente ofrecida por R. Rascio, «La capacità degli enti», en M. Bessone (ed.), *Istituzioni di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 153, según el cual «no se puede afirmar ni negar que estos entes la tengan», dado que «los actos (con las consiguientes modificaciones de la esfera jurídica) son realizados por hombres y mujeres vinculados a los entes en virtud de una relación que se define como *orgánica*. Esta expresión evoca la imagen de la articulación humana (como la de un brazo, por ejemplo) de un sujeto que, en sí, no tiene naturaleza humana; pero la misma expresión, liberada de tintes antropomórficos, sirve para explicar una relación de *identificación* por la cual los comportamientos de individuos, titulares de los 'órganos' porque están insertos en la 'organización' del ente, pueden ser directamente atribuidos a éste». Así pues, para explicar el modo en que actúan las personas jurídicas, en todos los casos se propone la extravagante teoría de la relación orgánica que éstas mantendrían directamente con las personas físicas de sus funcionarios. Esta relación, que no es en absoluto representativa y tampoco jurídica ni deóntica sino simplemente organizativa, será en cambio diferenciada aquí, en el § 10.5, de la 'representación orgánica', que será concebida como la representación jurídica necesaria entre órganos (y las correspondientes personas artificiales) y sus funcionarios o representantes.

37. Sobre la relación jurídica me limito a recordar F. B. Cicala, *Il rapporto giuridico* [1909], Giuffrè, Milano, ⁴1959; A. Levi, *Teoria generale del diritto*, Cedam, Padova, 1950, cap. I, pp. 4-10, cap. XV, pp. 211-217, cap. XX, pp. 282-298 y caps. XXV-XXX, pp. 377-461; N. Bobbio, «Teoria generale del diritto e teoria del rapporto giuridico» [1952], en *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1955, pp. 53-74.

38. Son en cambio «por cuenta» pero no «en nombre» de otras actividades como la «gestión de negocios» (arts. 2028-2032 del Código Civil italiano): sobre esta y otras figuras análogas, cf. F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., § 58, pp. 264-271.

39. Otra paradoja generada por esa «sutilísima realidad jurídica», como la llama Santi Romano («Órganos», cit., p. 206), que es la teoría orgánica es la doble subjetividad de los órganos consiguiente al «doble significado de la pa-

labra órgano», que «es de este modo empleada en dos significados: en el más simple y rudimentario, indica al individuo o los individuos puestos al frente de la institución a que nos hemos referido, el rey A, el ministro B, el prefecto C, el presidente o director D, el secretario E; en el significado más amplio, indica la institución, la Corona, el ministerio, la prefectura, la presidencia o la dirección, la secretaría, que no cambia pese al cambio de sus elementos y, por consiguiente, de los individuos que forman parte de él, y ni siquiera cuando tales individuos falten provisionalmente, esto es, cuando, como se dice, está vacante el oficio o la sede» (*ibid.*, p. 202). Es además evidente que tal construcción hace irresoluble «el problema, convertido en tedioso, de la personalidad o no del órgano», que «no tiene sentido», escribe aún Romano (*ibid.*, pp. 207 ss.) en polémica con V. Crisafulli, «Alcune osservazioni sulla teoria degli organi dello Stato»: *Archivio giuridico* (1938), 18 ss., y con S. Foderaro, *Contributo alla teorica della personalità degli organi dello Stato*, Cedam, Padova, 1941, pp. 175 ss.

40. Esta noción estricta, literal, puramente descriptiva y avalorativa de ‘colectivo’ permite evitar las múltiples aporías generadas por una acepción excesivamente amplia de los conceptos de «sujeto colectivo» y, en particular, de «derechos colectivos». Es de este tipo, por ejemplo, la adoptada por Nicolás López Calera, que en un bonito ensayo dedicado a los derechos colectivos concibe como sujeto colectivo también al Estado y, más en general, a las personas jurídicas, incluyendo así entre los derechos colectivos también los derechos de tales personas (N. López Calera, *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Ariel, Barcelona, 2000, pp. 16, 23, 64, 108-109).

41. Como veremos en los §§ 9.5 y 9.6, mientras que la decisión colegiada es el acto «preceptivo» cuyo perfeccionamiento es causa de las situaciones establecidas por ella (D9.9), las manifestaciones singulares de voto son actos «instrumentales» (D9.8) de la misma.

42. Véase *supra*, en la nota 6, la tesis aislada de Salvatore Senese y sus antecedentes en las tesis de Verdross y, antes aún, de Francisco de Vitoria y Francisco Suárez.

43. Tal entidad constituye el «pueblo italiano» en sentido jurídico, es decir, de acuerdo con el ordenamiento italiano, pero no el pueblo en sentido pre- o extrajurídico, que es sólo una entidad cultural basada esencialmente en la percepción que los individuos tienen de sí mismos y cuya «unidad», como escribió Kelsen, carece de base empírica, consistiendo en «un postulado ético-político» (*Vom Wesen und Wert der Demokratie* [1929], hay trad. cast., con una nota preliminar, de J. L. Requejo Pagés, *De la esencia y valor de la democracia*, KRK, Oviedo, 2006, p. 63; véase todo el fragmento *infra*, en la nota 7 del capítulo XII).

44. Recuérdesse la concepción organicista, arraigada en la tradición jurídica alemana y que se remonta a F. C. Savigny, que vio en el «pueblo» «el creador y el sujeto del derecho positivo» y, al mismo tiempo, «una unidad natural» que es generada por «una comunidad de relaciones intelectuales, como lo atestigua el uso de una lengua común que sirve para fijar y desenvolver dichas relaciones» y que se conserva «como una unidad, en el seno de la cual se suceden las generaciones, unidad que enlaza el pasado con el presente y con el porvenir. La tradición es la que vela por la conservación del derecho, y la tradición es una herencia que se transmite por la sucesión continua e insensible de las generaciones» (*Sistema de derecho romano actual*, cit., Libro I, cap. II, § VIII, pp. 10-11): una tradición, por lo demás, ha observado Franz Wieacker, de la que Savigny hace depositarios a los juristas como «representantes del pueblo» (F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte* [1967], trad. cast. de F. Fernández Jardón de 1957, ahora en ed. de J. L. Monereo, *Historia del derecho privado de la edad moderna*, Comares,

Granada, 2000, § 20, p. 364). «Si preguntamos ahora», escribe Savigny, «cuál es el sujeto en cuyo seno tiene su realidad el derecho positivo encontraremos que este sujeto es el pueblo. En la conciencia común de éste vive el derecho positivo, por lo cual puede ser llamado *derecho del pueblo*» (*Sistema del derecho romano actual*, cit., Libro I, cap. II, § VII, p. 8); «en este conjunto real es donde tiene su origen el derecho, y el espíritu nacional, que circula por todos los miembros, es el que puede satisfacer esta necesidad cuya existencia hemos reconocido» (*ibid.*, § VIII, p. 10). Pero véanse también los pasajes de Carl Friedrich von Gerber y de Carl Schmitt reproducidos *infra* en las notas 60 y 61 del capítulo XIII. Sobre la idea vagamente mística del *Volksgeist* como «realidad espiritual viviente», sobre sus orígenes románticos, su significado metafísico en la filosofía de Hegel y su papel como fundamento filosófico de la Escuela histórica, cf. G. Solari, *Filosofía del diritto privato*. II. *Storicismo e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 1940, § 19, pp. 162-180 (hay trad. cast., *Filosofía del derecho privado*, 2 vols., Depalma, Buenos Aires, 1946 y 1950). En contra de esta concepción organicista del pueblo, sobre su pervisión en la «*Volksgemeinschaft* de triste recuerdo» y sobre lo extraña que resulta la noción sustancial de pueblo al concepto de democracia, véanse también las consideraciones de N. Bobbio, «La democracia de los modernos comparada con la de los antiguos (y con la de los postreros)» [1987], en *Teoría general de la política*, Trotta, Madrid, 3ª 2009, cap. VII, § 1, pp. 409-411. Sobre el concepto de pueblo, cf. entre otros F. Rigaux (ed.), *Le concept de peuple*, E. Story-Sciencia, Bruxelles, 1988, y en particular el amplio ensayo de S. Senese, «Le concept de peuple dans la Déclaration d'Alger», *ibid.*, pp. 1-37.

45. La definición recuerda la bella noción ciceroniana de *populus*: «*populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*» [pero «pueblo» no es toda reunión humana congregada de cualquier manera, sino la reunión de mucha gente asociada por el consenso jurídico y la comunidad de intereses] (*De re publica*, I, 39; cf. E. Romagnoli [dir.], «Collezione romana», Istituto Editoriale italiano, Roma, 1928, Lib. I, XXV, p. 68); pero véanse también los dos fragmentos de Cicerón reproducidos *infra* en la nota 47 sobre la *constitutio populi* y sobre la *populi potestas summa*. En la definición D7.16 he sustituido el elemento de la aceptación de un derecho común —(el *consensus iuris*), que sólo alude al pueblo (de un ordenamiento) *constituido*— por la disyunción de comunes modalidades constituyentes o comunes expectativas constituidas (la *par condicio civium* y los *iura paria*, es decir, los iguales derechos de los que habla el tercer fragmento del *De re publica* citado en la nota 47), a fin de incluir también en la noción a los pueblos (que aspiran a ser) *constituyentes* de entidades políticas. Sobre el fragmento ciceroniano arriba citado y más en general sobre los usos romanísticos de *populus*, cf. L. Peppe, «Popolo: b) Diritto romano», en *Enciclopedia del diritto*, cit., XXXIV, 1985, pp. 315-330; Íd., «La nozione di populus e le sue valenze», en *Staat und Staatlichkeit in der frühen römischen Republik*, Steiner, Stuttgart, 1990, pp. 312-343. Cf. también sobre la noción romana de *populus*, sobre las fórmulas *populus Romanus Quirites*, *populus Romanus Quiritium* («que asocian materialísticamente a todos y cada uno»), *senatus populusque Romanus* y *maiestas populi Romani*, y sobre el nexo entre *res populi* y *res publica*, G. Nocera, «Privato e pubblico: a) Diritto romano», en *Enciclopedia del diritto*, cit., XXXV, 1986, pp. 615-660.

46. Éste es el sentido (correspondiente a la tesis T7.87) en el que deben entenderse las fórmulas con las que se abren muchas cartas constitucionales: como la Constitución de los Estados Unidos: «*We the people of the United States [...]* do ordain and establish this Constitution» [Nosotros, el pueblo de los Estados

Unidos, decretamos y establecemos esta Constitución]; la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789: «Les représentants du *peuple français*, constitués en Assemblée nationale [...] ont résolu d'exposer, dans une déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme» [Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea nacional [...] han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre]; la Constitución alemana de Weimar de 1919: «*Das Deutsche Volk* [...] hat sich diese Verfassung gegeben» [El pueblo alemán [...] se ha dado esta Constitución]; la Constitución japonesa de 1946: «*We the Japanese people* [...] do firmly establish this Constitution» [Nosotros, el pueblo japonés, establecemos firmemente esta Constitución]; la Constitución francesa del 4.10.1958: «*Le peuple français* proclame solennellement...» [El pueblo francés proclama solemnemente...]; la Constitución española del 29.12.1978: «*La Nación española*, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de...». Recuérdense también las palabras, referidas *infra* en la nota 48, con las que se abre la Carta de las Naciones Unidas. Se expresa en estos textos una concepción convencionalista y democrática tanto de los pueblos cuanto del origen del derecho como pacto de convivencia, opuesta a la historicista, romántica y naturalista del pueblo y del origen popular del derecho expresada por los pasajes de Savigny reproducidos en la nota 44. «Pueblo» en sentido constituyente responde si acaso a la idea de Sieyès de la «nación» justo en el momento constituyente: como «voluntad común» expresada por «un número más o menos considerable de individuos aislados que quieren reunirse. Por este solo hecho ellos forman ya una nación y tienen todos los derechos; no se trata más que de ejercerlos» (E. J. Sieyès, *Qu'est-ce que le tiers état?* [1788], trad. cast. de J. Rico, *¿Qué es el estado llano?*, prólogo de V. Andrés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, § 5, p. 103).

47. Es el sentido de «pueblo» (correspondiente a la tesis T7.89) según otra clásica definición romanista: «populi appellatione universi cives significantur» [el apelativo «pueblo» significa todo el conjunto de ciudadanos] (Gayo, *Institutiones*, 1,3). Pero es también el sentido de otros dos fragmentos de Cicerón de extraordinaria modernidad. El primero es aquel en que se afirma que todo pueblo viene constituido por la ciudadanía, es decir, por su institución política, generada a su vez a partir de una deliberación colectiva: «Omnis ergo populus, qui est talis coetus multitudinis qualem exposui, omnis *civitas*, quae est *constitutio populi*, omnis res publica, quae ut dixi populi res est, consilio quodam regenda est, ut diuturna sit. Id autem consilium primum semper ad eam causam referendum est quae *causa genuit civitatem*» [Así pues, todo pueblo, que es una agrupación tal de mucha gente cual he expuesto, toda ciudad, que es el asentamiento de un pueblo, todo Estado, que, como he dicho, es «la cosa del pueblo» (la *res publica*), debe regirse por alguna asamblea para ser duradero. Mas esa asamblea, lo primero de todo, debe orientarse siempre a la causa citada: la causa que dio origen a la ciudad] (*De re publica*, I, 41; cf. E. Romagnoli [dir.], *op. cit.*, pp. 70-72). El segundo fragmento es aquel en el que Cicerón, tras haber afirmado que en ninguna otra constitución que no asegure al pueblo el máximo poder tiene lugar la verdadera libertad (cf. *ibid.*, p. 76: «Itaque nulla alia in civitate, nisi in qua *populi potestas summa* est, ullum domicilium libertas habet» [Por consiguiente, en ninguna otra ciudad tiene la libertad algún aposento, sino en aquella en que la potestad suprema es la del pueblo]), enuncia la tesis de que el pueblo, más aún la «sociedad civil», permanece unida por el vínculo de la ley, igual para todos, y más concretamente por la igualdad en los derechos: «Quare cum lex sit civilis societatis vinculum, ius autem legis aequale, quo iure societas

civium teneri potest, cum *par non sit condicio civium*? Si enim pecunias aequari non placet, si ingenia omnium paria esse non possunt, *iura certe paria debent esse eorum inter se qui sunt cives in eadem re publica*. Quid est enim civitas nisi iuris societas civium?» [Por ello, siendo la ley el vínculo de la sociedad civil y el derecho, a su vez, la igualdad de la ley, ¿por qué procedimiento puede sostenerse una sociedad civil *sin ser igual la condición de sus ciudadanos*? Porque, si no parece procedente igualar los dineros, si las dotes naturales de todos no pueden ser parejas, *ciertamente deben ser iguales entre sí los derechos* de aquellos que son ciudadanos de una misma república. Pues, ¿qué es una ciudad, sino la asociación jurídica de sus ciudadanos?] (cursivas mías) (I, 49; cf. *ibid.*, p. 80).

48. Recuérdense las palabras con las que se abre la Carta de la ONU: «*Nosotros, los pueblos de las Naciones Unidas*, resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la humanidad sufrimientos indecibles [...] hemos decidido aunar nuestros esfuerzos para realizar estos designios».

49. «Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación», establece el artículo primero de los dos pactos internacionales de 16.12.1966: el de los derechos civiles y políticos y el de los derechos económicos, sociales y culturales. Por consiguiente, si por 'sujeto jurídico' o 'de derecho' (D7.4) entendemos cualquier entidad a la que el derecho positivo reconoce como sujeto de derechos o de otras situaciones jurídicas, y si el derecho internacional reconoce a los pueblos el derecho a la autodeterminación, entonces los pueblos, con independencia de lo que se entienda por esta expresión, son sujetos de derecho. Sin embargo, contradictoriamente, esta tesis es negada por la mayor parte de los internacionalistas. Es emblemática la argumentación de V. Arangio-Ruiz, «Autodeterminazione (diritto dei popoli alla)», en *Enciclopedia giuridica Treccani*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, vol. IV, § 3.1, p. 3, quien a propósito del derecho a la autodeterminación afirma que «no se trata de un derecho concerniente a los pueblos» aunque estén «señalados como titulares del derecho de libertad de 'autodeterminarse'». Esto sólo podría decirse en la hipótesis de que los pueblos fuesen elevados a sujetos de derecho internacional. No pudiendo situarse tal hipótesis en el ámbito del derecho internacional vigente (que sigue existiendo sólo como regla de relaciones internacionales en sentido estricto), los pueblos sólo pueden ser considerados como los beneficiarios (de hecho) de las disposiciones internacionales concernientes a la autodecisión. En otras palabras, en el plano internacional, los pueblos son *objeto* de situaciones de obligación de los Estados. En el plano internacional, los titulares del derecho correlativo a tal obligación son los *otros Estados* miembros de las Naciones Unidas». Pero es justamente la configuración de los pueblos «como titulares del derecho de libertad de 'autodeterminarse'» lo que Arangio-Ruiz reconoce en el mismo fragmento, según la letra del artículo 1 de los dos pactos internacionales de 16.12.1966. De donde se sigue que decir que no puede «situarse en el ámbito del derecho internacional vigente» «la hipótesis de que los pueblos sean elevados a sujetos de derecho internacional» es una petición de principio, o sea, del principio doctrinario, desmentido por el propio derecho vigente, de que «el derecho internacional vigente sigue existiendo sólo como regla de relaciones internacionales en sentido estricto» (o sea, entre Estados). También niegan la subjetividad jurídica de los pueblos G. Gaja, «Autodeterminazione dei popoli», en L. Basso (ed.), *Enciclopedia Feltrinelli Fisher. Scienze politiche. 2 (Relazioni internazionali)*, Feltrinelli, Milano, 1963, pp. 51-57; G. Guarino, *Autodeterminazione dei popoli e diritto internazionale*, Jovene, Napoli, 1984, pp. 122-125; F. Lattanzi, *Autodeterminazione dei popoli*, en *Digesto, IV Edizione, Discipline*

pubblicistiche, vol. II, Utet, Torino, 1987, pp. 13-20 del extracto; B. Conforti, *Diritto internazionale*, Jovene, Napoli, pp. 21-26; G. Palmisano, *Nazioni Unite e autodeterminazione interna*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 386-390. Sostienen en cambio la subjetividad jurídica de los pueblos, al menos mientras no se constituyan en Estados, A. Cassese, *Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo*, cit., pp. 113-119 y 124-125; S. Senese, «Il superamento della ‘guerra possibile’ tra crisi dell’universalità e diritto dei popoli»: *Questione giustizia* 3 (1987), 492-497. Sobre el derecho de autodeterminación de los pueblos cf. también mi «Il diritto all’autodeterminazione nell’età della globalizzazione», en *Il diritto all’autodeterminazione dei popoli alle soglie del 2000. Genesi, evoluzione, attualità*, Anterem, Roma, 1999, pp. 18-26.

50. Es la tesis de C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung* [1931], trad. cast. de M. Sánchez Sarto con prólogo de P. de Vega, *La defensa de la constitución: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la constitución*, Madrid, Tecnos, 1983, cap. III, § 4, pp. 249-251. «El presidente del Reich se halla en el centro de todo un sistema —construido sobre fundamentos plebiscitarios [...]— de neutralidad e independencia respecto de los partidos políticos [...] Que el presidente del Reich sea el protector de la constitución corresponde también, empero, al principio democrático sobre el cual descansa la constitución de Weimar. El presidente del Reich es elegido por el pueblo alemán entero [...] Haciendo al presidente del Reich centro de un sistema de instituciones y atribuciones tanto plebiscitarias como neutralizadoras en orden a la política de partidos, la vigente constitución del Reich trata de crear, partiendo de principios precisamente democráticos, un contrapeso al pluralismo de los grupos sociales y económicos del poder, y de garantizar la unidad del pueblo como conjunto político [...] Presupone la nación alemana entera como una unidad apta para la acción de un modo directo y no por intermedio de las organizaciones o grupos sociales, una unidad que puede expresar su voluntad y orientarse a imponerse en los momentos decisivos, aun sobre las disensiones pluralistas. La constitución procura especialmente dar a la autoridad del presidente del Reich posibilidades para enlazarse de modo directo con esta voluntad política del conjunto del pueblo alemán y para proceder en consecuencia como protector y guardián de la unidad constitucional y de la integridad de la nación. Sobre el éxito de este intento se ha de fundamentar la existencia y la permanencia prolongada del actual Estado alemán». Se ha visto el monstruoso resultado de tal tentativa.

51. Bajo este aspecto, la noción de ciudadanía reproduce la formulada por Marshall, que más adelante, en el § 11.5, será criticada en otros aspectos: «La ciudadanía es el *estatus* que se concede a los miembros de pleno derecho de una comunidad» (T. H. Marshall, *Citizenship and Social Class* [1950], trad. cast. de J. Linares, en T. H. Marshall y T. Bottomore, *Ciudadanía y clase social*, Alianza, Madrid, 1998, p. 37). El nexo entre ‘ciudadanos’ y ‘pueblo’ expresado por la definición D7.17 y la tesis T7.91 se remonta a I. Kant, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, cit., § 46, p. 143: «El poder legislativo sólo puede corresponder a la voluntad unida del pueblo [...] Los miembros de una sociedad semejante (*societas civilis*) —es decir, de un Estado— unidos con vistas a la legislación, se llaman ciudadanos (*cives*)».

52. Que se trate de situaciones ‘no constituyentes’, sino constituidas, es una consecuencia obvia del hecho de que los ciudadanos no pueden ser titulares de situaciones constituyentes del mismo ordenamiento del que son ‘ciudadanos’ en virtud de sus normas. Sólo pueden ser titulares de situaciones constituyentes, no como ciudadanos, sino simplemente como sujetos constituyentes de otro ordenamiento, normalmente alternativo a aquel del que son ciudadanos.

53. En rigor, puesto que la ciudadanía es siempre relativa a un ordenamiento dado, deberemos hablar de varias ciudadanía, tantas como sean los diferentes derechos políticos originados por ellas. Sobre todo es evidente que la ciudadanía es relativa al Estado y por consiguiente que son diferentes las ciudadanía originadas por cada Estado. El artículo 17 del Tratado de la Comunidad Europea ha instituido además la «ciudadanía de la Unión» al establecer que «es ciudadano de la Unión quien tenga la ciudadanía de un Estado miembro». También se puede hablar de ciudadanía locales —municipales, provinciales o regionales— dependiendo de la circunscripción local con referencia a la cual se reconocen a las personas pertenecientes a ella determinados derechos o servicios: desde el voto al derecho a la salud, a la educación u otros similares. Pero también podemos hablar ya de una «ciudadanía mundial» de todo ser humano, en virtud de la adhesión a la ONU de sus Estados miembros y de la igual titularidad de derechos para todos los seres humanos estipulada por la Declaración universal de derechos de 1948 y por los Pactos de 1966 citados en la nota 49.

54. La ciudadanía, como en su momento se verá, es todavía, como escribe Guido Alpa, un *accident de naissance* (*La persona. Tra cittadinanza e mercato*, Feltrinelli, Milano, 1992, p. 31), prevalentemente *iure sanguinis* o *iure soli*, en referencia, se entiende, al lugar de nacimiento en vez de al de residencia. Sobre la historia de la ciudadanía cf. la obra monumental y fundamental de P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 4 vols., Laterza, Roma-Bari, 1999-2001; Íd., *Cittadinanza*, Laterza, Roma-Bari, 2005. La tematización de la ciudadanía como categoría basilar de la teoría de la democracia es relativamente reciente y se ha desarrollado de forma preponderante sobre las huellas del ensayo de Marshall, *Ciudadanía y clase social*, cit., de 1950: cf. J. M. Barbalet, *Citizenship* [1988], trad. it., *Cittadinanza. Diritti, conflitti e disuguaglianza sociale*, ed. de D. Zolo, Liviana, Padova, 1992; M. Paci, *La sfida della cittadinanza sociale*, Edizioni del Lavoro, Roma, 1990; G. Zincone, *Da sudditi a cittadini*, Il Mulino, Bologna, 1992; R. P. Bellamy, *Citizenship and Rights*, en Íd. (ed.), *Theories and Concepts of Politics*, Manchester UP, Manchester, 1993; G. Bonacchi y A. Groppi (eds.), *Il dilemma della cittadinanza*, Laterza, Roma-Bari, 1993; R. Blackburn, *Rights of Citizenship*, Mansell, London, 1993; D. Zolo (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994, que incorpora como apéndice F. P. Vertova, «Cittadinanza. Saggio bibliográfico»; V. Mura, *Sulla nozione di cittadinanza*, en Íd. (ed.), *Il cittadino e lo Stato*, Angeli, Milano, 2002; F. Quesada (ed.), *Naturaleza y sentido de la ciudadanía hoy*, UNED, Madrid, 2002. En el capítulo XI se desarrollará una crítica de la consideración actual de la ciudadanía como presupuesto de derechos fundamentales; pero véanse también mis trabajos «Cittadinanza e diritti fondamentali»: *Teoria politica* 3 (1993), 63-76; «Dai diritti del cittadino ai diritti della persona», en D. Zolo (ed.), *La cittadinanza...*, cit., pp. 263-292; *Diritti fondamentali*, cit., I, § 5, pp. 22-26; II, § 5, pp. 150-156 y III, § 5, pp. 309-318.

55. Sobre este género de cosas —que no son bienes conforme al artículo 810 de nuestro Código Civil pero lo son según la definición D7.19 acordada aquí— cf. R. Federici, «A proposito di ‘cose’ che non sono beni: sottosuolo e rifiuti»: *Rassegna di diritto civile* (2000), 311-337, en particular pp. 327 ss.

56. Así, últimamente, M. Comporti, *Le cose, i beni ed i diritti reali*, en M. Bessone (ed.), *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 347. Sobre la noción de «cosa» en la literatura jurídica, véase la nota 13 del capítulo III.

57. F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, cit., I, § 76, p. 310. Expresan también perplejidades y reservas sobre la configuración de los bienes inmateriales como bienes en sentido propio, y como tales objeto de posesión o de derechos reales, R. Sacco y R. Caterina, *Il possesso*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 133-140.

58. M. Comporti, *Le cose, i beni...*, cit., p. 347. Análogamente, entre otros, M. Are, «Beni immateriali», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. V, 1959, pp. 244-270, quien tras haber sostenido que los bienes son cosas en el sentido material de «porción de la realidad objetiva» (*ibid.*, p. 247), define los «bienes inmateriales» o «intelectuales» como «entidades de pensamiento» y «construcciones del pensamiento individual» (*ibid.*, p. 250). Pero recuérdese también Windscheid: «Se entiende por cosa todo objeto singular perteneciente a la naturaleza irracional. Con ello se dice que del concepto de cosa forma parte el momento de la existencia real, de la corporeidad. Lo cual sin embargo no impide al derecho positivo tratar como corporales, siempre o en determinadas relaciones, cosas meramente ficticias en cuanto objetos de relaciones jurídicas. En la medida en que efectivamente lo hace, se puede hablar sin mayores problemas de cosas incorpóreas [...] Si se traspasa el espacio del derecho romano, también las creaciones intelectuales (obras científicas y artísticas, invenciones, etc.) deben designarse, en el sentido que aquí se ha dicho, como cosas incorpóreas» (*Diritto delle Pandette*, cit., I, parte II, § 137, pp. 1 y 4).

59. Cf. en este sentido S. Pugliatti, *Gli istituti del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1943, p. 296, e Íd., «Beni (teoría general)», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. V, 1959, que critica la noción demasiado restringida de bienes proporcionada por el código civil y propone definir «bienes», más genéricamente, como «objeto de la tutela jurídica» porque el término «cosas es restrictivo», debiéndose «reconocer que existen (derechos subjetivos y) bienes que no tienen por objeto cosas, como los derechos que tienen por objeto servicios y los derechos sobre bienes inmateriales» (p. 173). Una análoga extensión de la noción de «bien», con el fin de incluir en ella también los bienes inmateriales, es sostenida por P. Greco, «Beni immateriali», en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., vol. II, 1958, pp. 356-366. En el mismo sentido cf. también O. T. Scozzafava, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Giuffrè, Milano, 1982, cap. I, pp. 29 ss., que —retomando la «distinción entre cosa y objeto del derecho» sostenida por Francesco De Martino, de suerte que «el objeto puede ser una cosa pero no siempre lo es» («Dei beni in generale», en A. Scialoja y G. Branca [eds.], *Commentario del codice civile*, lib. III, *Della proprietà. Artt. 810-956*, Zanichelli, Bologna, 1960, p. 3)— reivindica «la autonomía científica de la teoría del objeto frente a la teoría de los bienes» y llega, después de un largo análisis, a las tesis de que «entre teoría de los bienes y teoría del objeto del derecho existe una sustancial coincidencia» (*ibid.*, p. 58) y que «la única noción científicamente correcta es la de bien, que coincide sustancialmente con la de objeto del derecho» (*ibid.*, pp. 82-83). Análogamente, D. Messinetti, según el cual «se legitima la necesidad, desde el punto de vista conceptual, de distinguir de manera específica la categoría de las ‘cosas’ (en sentido jurídico) de la de los ‘bienes’ (en sentido jurídico), incluyendo en la primera los bienes que son ‘cosas’ en la acepción arriba referida, y en la segunda en cambio los bienes que, en cuanto objeto de situaciones subjetivas, presentan características esenciales diferentes» («Oggetto dei diritti», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XXIX, 1979, p. 817). Son tesis éstas que confirman la necesidad de distinguir también entre definiciones teóricas y definiciones dogmáticas de un mismo concepto, señalada ya en el § 9 y en la nota 57 de la Introducción.

60. Gayo, 2, 12-14; D 1, 8, 14. El fragmento de Gayo está transcrito, *supra*, en la nota 15 del capítulo III.

61. F. Galgano, *Lex mercatoria* [1976], Il Mulino, Bologna, 2001, cap. IX, § 1, p. 231.

62. «En la sociedad postindustrial, la marca se ha convertido ella misma en un bien: un bien inmaterial que constituye autónomo objeto de cambio o, con el

contrato de *merchandising*, autónomo objeto de licencia [...] Las prendas de vestir y sus complementos siguen siendo producidos por la industria; pero ésta sólo produce el soporte material de la marca, de la firma de prestigio, del distintivo impreso sobre ella, el cual representa el bien, inmaterial, al que el consumidor principalmente aspira, el verdadero 'producto' que el empresario coloca en el mercado, la verdadera fuente de sus beneficios» (F. Galgano, *loc. ult. cit.*, p. 230).

63. En este sentido cf. R. De Ruggiero y F. Maroi, *Istituzioni di diritto privato*, Principato, Messina, 1951, vol. I, § 103, pp. 498-499, quienes denuncian la confusión remontándola a la «concepción romana de los derechos como cosas incorpóreas» que subyace a la definición de Gayo reproducida arriba: esta definición, que «incluye entre las cosas incorpóreas también a los derechos patrimoniales», obedece —afirman los autores— a «un singular intercambio que hacían los romanos en la propiedad entre la cosa objeto de dominio y el derecho mismo de propiedad. Identificaban de tal manera los derechos de propiedad con la cosa, que en vez de nombrar el derecho de propiedad nombraban la cosa (*res mea est*); y como del patrimonio también forman parte otros derechos, como los derechos sobre cosas ajenas y los derechos de crédito que no tienen una consistencia material, llamaban a esos derechos *res incorpóreas*, y al derecho de propiedad, identificado con la cosa, lo llamaban *res corporalis*, haciendo un intercambio entre la clasificación de las cosas y las partes constitutivas del patrimonio, es decir, entre entidades heterogéneas (cosas corporales y derechos)». El equívoco ya había sido señalado por B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, cit., vol. I, § 42, pp. 181-182: «Un uso del lenguaje bastante frecuente, surgido en la vida pero respaldado por el derecho, en vez de nombrar el derecho de propiedad nombra la cosa a la que la propiedad se refiere. Al proceder así también se conciben como cosas los demás derechos patrimoniales, o sea, los derechos sobre las cosas ajenas y los derechos de crédito, en la medida en que también éstos son partes constitutivas del patrimonio, y, como quiera que sólo existen en la mente y no en una realidad material, son llamados cosas incorpóreas en contraposición a las cosas corporales». La confusión y el equívoco fueron por otra parte expresamente codificados por el código civil de 1865, cuyo artículo 418, bajo el título «De los bienes muebles» del capítulo II del libro II, afirmaba: «Son muebles por determinación de la ley los derechos, las obligaciones, las acciones, incluso las hipotecarias, que tienen por objeto sumas de dinero o efectos muebles, así como las acciones o cuotas de participación en las sociedades mercantiles o industriales, aunque a las mismas pertenezcan bienes inmuebles». Y se han mantenido, a través del término 'cosa', tras la entrada en vigor del código de 1942, amparados por la ambigüedad sintáctica del artículo 813, según el cual «las disposiciones concernientes a los bienes inmuebles se aplican también a los derechos reales que tienen por objeto bienes inmuebles y a las correspondientes acciones; las disposiciones concernientes a los bienes muebles se aplican a los demás derechos». En esta línea, configuran los derechos como «bienes» o «cosas incorpóreas» y «muebles», entre otros, B. Biondi, «Cosa corporale ed incorporeale», en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., vol. IV, 1959, pp. 1014-1019; Íd., «Cosa mobile ed immobile», *ibid.*, pp. 1023-1030 (en particular, pp. 1028-1029); S. Pugliatti, *Beni mobili e beni immobili*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 109.

VIII

LAS NORMAS

8.1. *La norma como regla jurídica positiva. El cuarto postulado del positivismo jurídico. Las fuentes y las normas*

El último de los conceptos elementales a los que está dedicada esta segunda parte de la teoría del derecho —tal vez el más complicado y trabajado— es el de las normas. A diferencia de los conceptos de ‘acto’, ‘situación’, ‘persona’ y ‘bien’, el concepto de ‘norma’ ha nacido como categoría general de la teoría del derecho. Ello no obstante, en la literatura jurídica ha sido definido y usado en los más variados sentidos y contextos, dependiendo de los diversos enfoques —imperativistas, normativistas, lógico-analíticos, lingüísticos o realistas— adoptados en cada ocasión y de los diversos elementos o referencias privilegiados por ellos: como mandato, o como regla, o como relación de deber ser, o como esquema o criterio de calificación de comportamientos, o como texto preceptivo, o como significado jurídico-prescriptivo, o como práctica social.

Esta multiplicidad de concepciones, que con frecuencia conviven dando lugar a ambigüedades tanto semánticas como sintácticas, se explica por el hecho de que en los fenómenos normativos concurren efectivamente todos estos aspectos, cada uno de ellos insuficiente por sí solo pero todos necesarios en distinta medida para su comprensión. Las distinciones analíticas realizadas hasta aquí y el vocabulario del que disponemos nos permiten ahora estipular una definición muy simple de ‘norma’, idónea para recoger, directamente o a través de tesis derivables a partir de ella, todos aquellos y sólo aquellos elementos esenciales a su noción iuspositivista. ‘*Norma jurídica*’ o simplemente ‘*norma*’, diremos, es toda regla producida por un acto jurídico.

D8.1 ‘*Norma*’ es toda regla que sea efecto de un acto.

$(r)(\text{NOR}r \equiv (\text{REGr} \cdot (\exists x)(\text{EFFrx} \cdot \text{ATTx})))$

Esta definición identifica dos elementos del concepto de norma. El primero concierne a la naturaleza de las normas: las normas son *reglas* (T8.1, T8.2) y poseen todas las características de las reglas. En primer lugar, o bien son directamente prescripciones, y en concreto modalidades, expectativas o estatus, o bien prevén el posible nacimiento de prescripciones, o sea, de modalidades, expectativas o estatus, cuando se verifiquen los objetos regulados por ellas (T8.3-T8.4). En segundo lugar tienen naturaleza lingüística: como todas las reglas, en efecto, (no tienen, sino que) son significados (T8.5-T8.7) cuya efectividad depende de su dimensión pragmática, o sea, del hecho de que sean socialmente aceptadas como criterios de calificación y de interpretación de sus objetos (T8.8) y valgan por consiguiente para generar una práctica social. En tercer lugar tienen contenido universal, en el sentido de que su significado prescriptivo se refiere siempre (no a algo particular sino) a un tipo (o a una clase) de objetos: son normas, en efecto, todas las prescripciones jurídicas positivas de carácter *general*, porque se imputan a una clase de sujetos (T8.9), y/o de carácter *abstracto*, porque regulan una clase de actos (T8.10)¹.

T8.1 (r)(NORr → REGr)	D8.1
T8.2 (r)(NORr → ((REGr · SIGr) v M(∃y)(REGry · SIGy)))	T8.1, T4.40
T8.3 (r)(NORr → (PRSr v M(∃y)(∃x)(REGry · PRSyy)))	T8.1, T4.14
T8.4 (r)(NORr → ((MODr v ASPr v STAR) v M(∃y)(∃x)((MODyx v ASPyx v ASPyLx v STAyx) · REGry)))	T8.1, T4.13
T8.5 (r)(NORr → SIGr)	T8.1, T4.40
T8.6 (r)(NORr → (∃x)(SEGx · SIGrx))	T8.1, P6, D4.1
T8.7 (r)(NORr → (SIGr · ((MODr v ASPr v STAR) v M(∃y)(∃x)((MODyx v ASPyx v ASPyLx v STAyx) · REGry)))	T8.5, T8.4
T8.8 (r)((NORr · ETTr) → ((M(∃x)(FACrx v OBLrx v ASPrx) → (SIGr · (∃x)ATZxr)) · (M(∃x)(DIVrx v ASPrLx) → (SIGr · ¬(∃x)ATZxr))))	D2.13, D2.14, T8.6
T8.9 (r)((z)(IMPrz · SOGzr · ((SITr · ¬COSr) v STGrz)) → NORr)	D8.1, P8, T6.1, T6.45, T7.2
T8.10 (r)((x)((MODrx v ASPrx v ASPrLx) · ¬COSr · ATTx) → NORr)	D8.1, P8, T6.45, D6.1, T5.16

El segundo elemento del concepto de norma es la *positividad*. Las normas son reglas que pertenecen al derecho positivo en cuanto son efectos jurídicos puestos o causados por actos (T8.11, T8.12). Obviamente, en tanto que reglas, las normas son *significados de preceptos* (T8.13), a los que vienen asociadas en cada caso mediante la interpretación jurídica. Pero el rasgo distintivo de tales actos preceptivos es, como se verá en el próximo capítulo, que se trata de los mismos actos lingüísticos por los que se producen las normas y de los que éstas son, al mismo tiempo, los significados y efectos (T9.22, T9.36-T9.38, T9.60, T9.67-T9.69, T9.206). Constituyen una excepción las normas consuetudinarias, que como veremos en su momento (D12.33) son producidas por actos infor-

males no preceptivos. Pero también las costumbres son normas positivas, pues tales actos son reconocidos como fuentes por el derecho positivo; y consisten también en significados prescriptivos, que siempre son expresables por preceptos².

T8.11 (r)(NORr \rightarrow (\exists x)(EFFrx \cdot ATTx))	D8.1
T8.12 (r)(NORr \rightarrow (\exists x)(CAUxr \cdot ATTx))	T8.11, D5.1
T8.13 (r)(NORr \rightarrow (\exists x)(SIGrx \cdot PREx))	T8.1, T4.41

Llamo a las tesis T8.11 y T8.12 *principio de positividad de las normas*. De acuerdo con este principio las normas no preexisten en la naturaleza ni en ninguna esfera trascendente de tipo pre- o metajurídico, sino que son siempre producidas por actos jurídicos realizados por las personas físicas que son sus autores (T8.14). De donde se deriva —a partir del postulado P13, al que perfectamente podemos denominar *cuarto postulado del positivismo jurídico*, y en concreto de su corolario T5.50— que las normas nunca son constituyentes (T8.15) sino que son siempre constituidas por los actos normativos de los que son efectos; y que, por consiguiente, admiten siempre alguna situación de grado supraordenado (T8.16) de la que tales actos son actuaciones, hasta llegar, en el vértice del sistema, a esa situación no normativa sino singular que es, como veremos, el poder constituyente (D12.1). En otras palabras, no existen normas fundamentales, u originarias (T8.17), o constituyentes (T8.18). Normas de este tipo serían, por usar la expresión utilizada a propósito de las personas físicas en oposición a las jurídicas, normas «naturales» o de hecho, y admitirlas equivaldría a sostener una hipótesis iusnaturalista. «Constituyentes» y «naturales» por el contrario, dado que carecen de causa, únicamente son, de un lado, los sujetos de carne y hueso (T7.58) y, de otro, la situación constituyente (T6.74) y por eso prenortativa de la que, como en su momento se verá, sólo aquéllos son titulares (T12.13) y que es de grado supraordenado a cualquier otra (T6.92).

T8.14 (r)(NORr \rightarrow (\exists x)(\exists z)(EFFrx \cdot ATTx \cdot AUTzx \cdot PNAz))	T8.11, T7.45
T8.15 (r)(NORr \rightarrow \neg COSr)	T8.12, T5.50
T8.16 (y2)(NORY2 \rightarrow (\exists y1)(SITy1 \cdot GSOy1y2))	T8.12, D5.4, D2.7, T5.22, T6.22
T8.17 \neg (\exists y2)(NORY2 \cdot \neg (\exists y1)(SITy1 \cdot GSOy1y2))	T8.16
T8.18 \neg (\exists y)(NORY \cdot COSy)	T8.15

Llamaré además '*fuentes*' a los actos, indicados en las tesis T8.11, T8.12 y T8.14, por los que las normas son causadas, o sea, puestas o producidas.

D8.2 '*Fuente*' es todo acto que sea causa de una norma.

(x)(y)(FONxy \equiv (ATTx \cdot CAUxy \cdot NORy))

De ello se sigue una relación biunívoca entre fuentes y normas: si las primeras son las causas de las segundas (D8.2), las segundas son los efectos de las primeras (T8.19); de manera que fuentes y normas son términos coextensivos (T8.20)³. Por lo general, como veremos mejor en los §§ 9.5 y 9.6, las normas son no sólo los efectos sino también los significados de actos lingüísticos normativos que llamaré ‘formales’, y en concreto de ‘decisiones’ (D9.9, T9.69), a los que son atribuidos mediante esa operación a un tiempo teórica y pragmática que es su *interpretación*. Pero también pueden ser, como ya he indicado y como se verá en el § 12.15, el efecto de actos ‘informales’, o sea, carentes de forma, como sucede con las costumbres. En todos los casos las normas son *reglas positivas*, en el sentido de que su «existencia» empírica, con independencia de lo que se entienda con esta expresión⁴, es inescindible de la existencia (o, como se dirá más adelante, la vigencia) de los actos normativos que las producen y por consiguiente de su positividad como significados prescriptivos expresados y producidos por éstos.

T8.19 (r)(NORr $\equiv (\exists x)(\text{EFFrx} \cdot \text{ATTx} \cdot \text{FONxr})$)
 T8.20 (r)(NORr $\equiv (\exists x)\text{FONxr}$)

T8.11, D8.2, D5.1
 T8.19, D8.2

La distinción entre fuentes y normas —las primeras como causas y signos de las segundas y las segundas como efectos y significados de las primeras— es esencial para el análisis de los fenómenos normativos⁵. En primer lugar dicha distinción permite elucidar la tesis T8.5, según la cual las normas no establecen significados, o sea, derechos, deberes o estatus, sino que *son* significados, o sea, situaciones o estatus dispuestos o predispuestos por sus fuentes. Por ejemplo, las normas (o sea, los significados normativos) expresadas por los artículos 13 y 21 de la Constitución italiana no «establecen» —lo que en cambio ha hecho el acto normativo por el que tales artículos han sido establecidos— la libertad personal y la libre manifestación del pensamiento, sino que *son* los derechos de libertad personal y de manifestación del pensamiento de los que los mencionados artículos son las fuentes; del mismo modo que las normas (o sea, los significados normativos) derivadas de los artículos 1 y 2 de nuestro Código Civil no «establecen» —lo que en cambio ha hecho el acto normativo que ha producido tales artículos y que es su fuente— sino que *son* la capacidad jurídica y la capacidad de obrar de las personas físicas «desde el momento del nacimiento» y «con el cumplimiento de los dieciocho años» de edad. En segundo lugar, dicha distinción permitirá sostener en el próximo capítulo la distinción entre lo que llamaré la *vigencia* y la *validez formal*, que se predicen en relación con la forma del acto normativo o fuente y designan su conformidad a normas procedimentales sobre su formación, y lo que llamaré la *validez sustancial*, que se predica en cambio en relación con la norma, o sea, con el significado prescriptivo producido, y designa su coherencia con normas sustantivas sobre la producción. Por eso, como veremos, la vigencia y la validez formal son

constatables mediante juicios no sólo de derecho sino *también de hecho* (sobre la conformidad o no de las formas de los actos por los que las normas son producidas a las normas formales de grado supraordenado a ellas), mientras que la validez sustancial sólo es constatable mediante interpretación, o sea, mediante juicios *sólo de derecho* (sobre la coherencia o no entre los significados expresados con las normas producidas y los expresados con las normas sustantivas de grado supraordenado a ellas).

No formalizaré en cambio, con la introducción de dos términos diferentes, la distinción —corriente en la literatura jurídica y correspondiente a la ilustrada en el § 4.1 entre enunciaciones preceptivas y enunciados preceptivos— entre «fuentes de producción» y «fuentes de conocimiento», consistentes las primeras en los actos y las segundas en los textos normativos⁶. A los fines explicativos de la teoría, fuentes y textos normativos, actos y signos con función preceptiva serán utilizados como extensionalmente equivalentes, distintos sólo de las normas que son sus efectos y sus significados. Excepcionalmente referiré sólo a los textos normativos conceptos como ‘estatuto’ (D10.17), ‘constitución’ (D12.22) y ‘ley’ (D12.26), que definiré como «conjuntos de normas» distinguidos —mediante el uso de variables diferentes— tanto de las normas particulares que los componen cuanto de las fuentes de las que son efectos.

8.2. *Normas téticas y normas hipotéticas.*

Normas deónticas y normas constitutivas

Ya se ha dicho que las normas son reglas (T8.1), y sabemos que las reglas se distinguen en téticas e hipotéticas (T4.55) y en deónticas y constitutivas (T4.56). Ahora pueden hacerse también estas dos grandes divisiones en el ámbito de las normas, dando lugar a dos distinciones análogas fundadas sobre otras tantas diferencias de estructura. La primera distinción es la que media entre ‘*normas téticas*’ y ‘*normas hipotéticas*’. Las normas téticas son las normas que consisten en reglas téticas. Las normas hipotéticas son las que consisten en reglas hipotéticas.

D8.3 ‘*Norma tética*’ es toda norma consistente en una regla tética.

$(r)(x)(NTE_{rx} \equiv (NORr \cdot RTE_{rx}))$

D8.4 ‘*Norma hipotética*’ es toda norma consistente en una regla hipotética.

$(r)(x)(NIP_{rx} \equiv (NORr \cdot RIP_{rx}))$

Todas las normas se distinguirán por lo tanto en téticas e hipotéticas (T8.21). Análogamente a cuanto se ha visto para las correspondientes reglas, la diferente estructura de estas dos clases de normas resulta también más evidente si se prescinde de la existencia efectiva de aque-

llo que regulan: son téticas las normas que dan vida ellas mismas a las situaciones o a los estatus jurídicos dispuestos con ellas (T8.22); son en cambio hipotéticas las que los predisponen como posibles (T8.23), es decir, como efectos de las hipotéticas cosas previstas o reguladas por ellas. Las primeras son inmediata o téticamente prescriptivas (T8.24), pues ellas mismas están integradas por situaciones o por estatus jurídicos. Las segundas en cambio lo son mediata o hipotéticamente (T8.25), pues las situaciones o los estatus están no ya dispuestos por ellas sino pre-dispuestos por la hipótesis de que cobren existencia los actos o las otras cosas reguladas por ellas.

T8.21	$(r)(\text{NORr} \equiv (\text{NTEr} \vee \text{NIPr}))$	D8.3, D8.4, T4.55, T8.1
T8.22	$(r)((\text{NORr} \cdot (\text{SITr} \vee \text{STGr})) \rightarrow \text{NTEr})$	D8.3, D4.6, D6.1, T7.2, T8.1
T8.23	$(r)((\text{NORr} \cdot \text{M}(\exists y)(\text{REGry} \cdot (\text{SITy} \vee \text{STGy}))) \rightarrow \text{NIPr})$	D8.4, D4.7, D6.1, T7.2, T8.1
T8.24	$(r)(x)(\text{NTERx} \equiv (\text{NORr} \cdot \text{PRSRx}))$	D8.3, T4.43, T8.1
T8.25	$(r)(x)(\text{NIPRx} \equiv (\text{NORr} \cdot (\exists y)(\text{REGry} \cdot \text{PRSyx})))$	D8.4, T4.44, T8.1

Son téticas, por ejemplo, las normas sobre los derechos fundamentales de la primera parte de la Constitución italiana, que en su momento configuraré como normas sustantivas sobre la producción (D9.12) de las normas legales inferiores a ellas; o las normas penales que en su momento llamaré ‘primarias’, con las que determinados actos son prohibidos como delitos; o las normas del Código Civil que confieren la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. En estos casos las normas no *regulan*, sino que *son* ellas mismas las situaciones o los estatus adscritos con ellas (T8.22, T8.24) y que cobran existencia con ellas⁷. Y lo que «regulan» no son los derechos establecidos con ellas sino los actos y los comportamientos que son su legítimo ejercicio; no son las prohibiciones prescritas con ellas, sino los actos que las violan; no los estatus instituidos con ellas sino las personas o las otras cosas calificadas por ellas.

Son en cambio hipotéticas las normas de la segunda parte de la Constitución que, como normas formales sobre la producción (D9.11), disciplinan el procedimiento de formación de las leyes; o las normas penales que predisponen las penas para los delitos cometidos y que en su momento llamaré ‘secundarias’; o las normas que predisponen estatus como efectos de actos constitutivos, como por ejemplo el matrimonio, y aquellas que más adelante llamaré ‘institutivas’ o ‘conceptuales’ y que definen institutos jurídicos como la «propiedad privada», la «sociedad anónima» o la figura de «empresario mercantil». A diferencia de las normas téticas, estas normas no son inmediatamente prescriptivas. No disponen inmediatamente situaciones o estatus sino que los prefiguran como efectos o como calificaciones deónticas u ónticas de aquello que regulan o califican (T8.23, T8.25).

Podemos expresar esta diferencia de estructura entre los dos tipos de normas, que como veremos en el § 8.6 se refleja en una diferente estruc-

tura del principio de legitimidad de las situaciones y de los estatus, afirmando que las normas téticas son las situaciones *normativas* y los estatus *normativos* (T8.22, T8.24), mientras que las hipotéticas son las *normas de situaciones* o *de estatus* singulares (T8.23, T8.25). En virtud de una norma tética como el artículo 21 de la Constitución, por ejemplo, todos tienen la libertad de manifestar libremente su pensamiento, del mismo modo que todos tienen el deber de no robar establecido por el artículo 624 del Código Penal, o son jurídicamente capaces de acuerdo con el artículo 1 del Código Civil. Las normas hipotéticas, por el contrario, no prescriben inmediatamente nada. Las normas del Código Civil sobre la formación de los contratos o las de los códigos de procedimiento sobre la formación de los actos procesales no son ellas mismas situaciones, sino reglas con las que son predispuestas situaciones, o sea, las facultades, las obligaciones, las prohibiciones y las expectativas que serán dispuestas, por sus autores, mediante los contratos o los actos procesales postulados por ellas. Lo mismo cabe decir de las definiciones legislativas que llamaré 'normas institutivas' (D8.10), como la de «propiedad privada» derivada del artículo 832 del Código Civil, o la de «empresario» establecida por el artículo 2082 del mismo código. Dichas normas no generan ni la propiedad ni el estatus de empresario, sino que simplemente los prefiguran como calificaciones deónticas de los hipotéticos actos (el «disfrutar y disponer de las cosas de forma plena y exclusiva») o como calificaciones ónticas de los hipotéticos sujetos (todos cuantos «ejercen profesionalmente una actividad económica organizada con el fin de producir o intercambiar bienes o servicios») prefigurados por ellas.

La segunda gran división, correlativa a la otra distinción de las reglas realizada en el capítulo IV, es la que existe entre '*normas deónticas*' y '*normas constitutivas*'. Las normas deónticas son las normas que consisten en reglas deónticas. Las normas constitutivas son las que consisten en reglas constitutivas.

D8.5 '*Norma deóntica*' es toda norma consistente en una regla deóntica.

$(r)(x)(NDEx \equiv (NORr \cdot RDErx))$

D8.6 '*Norma constitutiva*' es toda norma consistente en una regla constitutiva.

$(r)(x)(NCOrx \equiv (NORr \cdot RCOrx))$

También ésta es una distinción exhaustiva (T8.26). Y también puede esclarecerse mejor la diferencia de estructura entre estos dos tipos de normas si prescindimos de la efectiva realización o existencia de aquello que regulan: son deónticas las normas que consisten en la disposición de situaciones o en la predisposición de su posible existencia (T8.27); son en cambio constitutivas las que consisten en la constitución de estatus jurídicos o en la preconstitución de su hipotética existencia (T8.28). Las

primeras son reglas deónticas (T8.29), y por lo tanto efectos de preceptos deónticos (T8.30): en concreto de los preceptos jurídicos deónticos que en el § 9.6 llamaré ‘decisiones deónticas’ (D9.9). Las segundas son reglas constitutivas (T8.31), y por lo tanto efectos de preceptos constitutivos (T8.32): en concreto de los preceptos jurídicos constitutivos que entonces llamaré ‘decisiones constitutivas’ (T9.74, T9.78).

T8.26	$(r)(\text{NORr} \equiv (\text{NDER} \vee \text{NCOrr}))$	D8.5, D8.6, T4.56, T8.1
T8.27	$(r)((\text{NORr} \cdot (\text{SITr} \vee \text{M}(\exists y)(\text{REGry} \cdot \text{SITy}))) \rightarrow \text{NDER})$	D8.5, D4.8, D6.1, T8.1
T8.28	$(r)((\text{NORr} \cdot (\text{STGr} \vee \text{M}(\exists y)(\text{REGry} \cdot \text{STGy}))) \rightarrow \text{NCOrr})$	D8.6, D4.9, T7.2, T8.1
T8.29	$(r)(x)(\text{NDERx} \rightarrow \text{RDERx})$	D8.5
T8.30	$(r)(\text{NDER} \rightarrow (\exists x)(\text{SIGrx} \cdot \text{PDEx}))$	T8.29, T4.51
T8.31	$(r)(x)(\text{NCOrr} \rightarrow \text{RCOrx})$	D8.6
T8.32	$(r)(\text{NCOrr} \rightarrow (\exists x)(\text{SIGrx} \cdot \text{PCOx}))$	T8.31, T4.52

Por consiguiente forman parte de las normas deónticas todas las que establecen o preestablecen facultades, obligaciones o prohibiciones como calificaciones deónticas de los comportamientos o de los actos que regulan: por ejemplo las normas constitucionales adscriptivas de derechos fundamentales, las normas tributarias, las normas penales tanto primarias como secundarias, así como las normas sobre la formación de los que más adelante llamaré ‘actos formales’ y aquellas sobre la anulación de los actos inválidos y sobre las sanciones de los actos ilícitos.

Forman parte en cambio de las normas constitutivas todas las normas que constituyen o preconstituyen estatus como calificaciones ónticas de sujetos, de objetos o de otras cosas: por ejemplo las normas que atribuyen a un sujeto la personalidad, la capacidad de obrar o la ciudadanía, las que establecen como estatus de una cosa su carácter de bien demanial, o las que derogan otras normas, así como las que preestablecen los efectos de actos constitutivos como el matrimonio o la ratificación de un tratado, o las que definen esos conjuntos o clases de hipotéticas cosas que en el § 8.4 llamaré ‘institutos jurídicos’ (D8.11).

Entre normas deónticas y normas constitutivas media, pues, la misma diferencia de estructura que he ilustrado en el § 4.6 entre reglas deónticas y reglas constitutivas. Las normas deónticas, en efecto, son aquellas que, disponiendo o predisponiendo modalidades o expectativas, comportan la posibilidad de que los actos que constituyen el objeto de su regulación produzcan ulteriores efectos (T8.33). Las normas constitutivas, en cambio, son aquellas que en la constitución o preconstitución de estatus o institutos jurídicos agotan inmediatamente los efectos de los actos que las producen (T8.34).

T8.33	$(r)(\text{M}(\exists x)(\text{NDERx} \cdot \text{ATTx}) \equiv (\text{NORr} \cdot \text{M}(\exists x)((\text{MODrx} \vee \text{ASPrx} \vee \text{ASPr}\perp x) \cdot (\exists y2)\text{EFFy2x}) \vee (\exists y1)(\text{REGry1} \cdot (\text{MODy1x} \vee \text{ASPy1x} \vee \text{ASPy1}\perp x) \cdot (\exists y2)\text{EFFy2x}))))$	D8.5, T8.1, D4.8, D4.8, T5.31
-------	---	-------------------------------

T8.34 $(r)(x)(NCO_{rx} \equiv (NORr \cdot (STArx \vee (\exists y)(REGry \cdot STAy))))$

D8.6, D4.9, T8.1

En consecuencia son deónticas, y no constitutivas, no sólo las normas téticas que directamente prohíben, obligan o autorizan, sino también las hipotéticas que disciplinan por ejemplo la formación de un acto, incluso si es constitutivo de un estatus: como las normas sobre la celebración del matrimonio, sobre la concesión de la ciudadanía al extranjero o sobre el reconocimiento de las asociaciones, que precisamente disciplinan (no los efectos sino) las formas del matrimonio, las de la resolución de concesión de la ciudadanía o las de reconocimiento de una asociación como persona jurídica como actos constitutivos de los estatus de cónyuge, de ciudadano o de persona. Esto no quita para que tales actos constitutivos supongan también normas hipotético-constitutivas, que precisamente preconstituyen (no sus formas sino) los estatus (de cónyuge, de ciudadano o de persona) que son sus efectos. Así, son constitutivas no sólo las normas téticas que, sin la mediación de ulteriores actos, confieren o instituyen un estatus, como los artículos 1 y 2 del Código Civil sobre la adquisición, «desde el momento del nacimiento» y desde la «mayoría edad» respectivamente, de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar, sino también las hipotéticas que preestablecen los estatus constituidos por los actos constitutivos previstos por ellas: como, de nuevo, las normas sobre el matrimonio, sobre la adopción o sobre la adquisición de la ciudadanía, las cuales por lo tanto son deónticas en la parte en que disciplinan las formas y los requisitos del acto constitutivo pero son constitutivas en la parte en que predisponen sus efectos.

8.3. *Una división cuatripartita de las normas: normas tético-deónticas, normas tético-constitutivas, normas hipotético-deónticas, normas hipotético-constitutivas*

La mejor explicación de esta diferencia de estructura entre normas deónticas y normas constitutivas es ofrecida por la fenomenología de los objetos que regulan. En el capítulo IV se ha mostrado que la observancia y la inobservancia, y consiguientemente la efectividad y la ineffectividad, sólo hacen referencia a las reglas deónticas (T4.66, T4.71-T4.78), que son las únicas que regulan un comportamiento. De donde se deriva que siempre que estemos en presencia de la observancia o de la inobservancia de una norma, ésta no es constitutiva sino deóntica (T8.35) y admite por lo tanto, como se verá en el § 8.9, un juicio de efectividad o de ineffectividad.

T8.35 $(r)(x)(NDE_{rx} \equiv ((OSSx \vee IOSx) \cdot NORr))$

D8.5, T4.66

En cambio, no tiene sentido hablar de efectividad o ineffectividad de las normas constitutivas. Las normas del Código Civil sobre la mayoría de edad, por ejemplo, no son observables o violables. Consisten, por así decir, en la definición de la mayoría de edad: en virtud de ellas una persona humana es mayor o menor de edad por definición, lo quiera o no lo quiera y haga lo que haga. Lo mismo cabe decir de las normas sobre los efectos del matrimonio, que en ordenamientos como el italiano vienen preconstituidos por ley al margen de lo que convengan los cónyuges; mientras que son observables o violables, y por lo tanto deónticas, las normas del Código sobre las formas y los procedimientos del matrimonio, cuya inobservancia genera su invalidez formal, o las normas sobre los contratos con causa ilícita, cuya inobservancia genera su invalidez sustancial. Y otro ejemplo: son inviolables, y por lo tanto constitutivas, las normas derivadas de los artículos 832 y 1173 ss. de ese mismo Código sobre la propiedad privada y sobre las obligaciones. Se trata de normas que definen el contenido del derecho de propiedad y las fuentes de las obligaciones de las que se puede llegar a ser titular, pero que no son ellas mismas el concreto derecho de propiedad y la concreta obligación de los que alguien es titular, que son los únicos susceptibles de violación. Existen por otro lado normas sólo aparentemente constitutivas. Por ejemplo no son constitutivas, sino deónticas, las normas de la Constitución italiana sobre la institución de las Regiones, habiendo sido éstas constituidas, en actuación de la obligación prescrita por dichas normas y que permaneció durante mucho tiempo ineffectiva, sólo por las leyes (constitutivas) que en 1970 aprobaron su ‘*estatuto*’, que es precisamente, como mostraré en el § 10.9, el específico estatus jurídico de las personas artificiales. Si acaso, como veremos, estas normas son (también) fragmentos de normas constitutivas —y en concreto de esas normas hipotético-constitutivas que en el parágrafo siguiente llamaré ‘institutivas’— que deben ser completados por las normas estatutarias derivadas del acto constitutivo de los entes prefigurados por ellos.

Si cruzamos ahora nuestras dos distinciones obtenemos cuatro clases de normas, correspondientes a las ya diferenciadas con los mismos criterios dentro del campo más general de las reglas: las normas tético-deónticas, las normas tético-constitutivas, las normas hipotético-deónticas y las normas hipotético-constitutivas (T8.36, T8.37).

T8.36 (r)(NORr \equiv ((NTEr · NDEr) v (NTEr · NCOr) v (NIPr · NDEr) v (NIPr · NCOr))) T8.21, T8.26

T8.37 (r)(x)((NORr · REGrx) \rightarrow ((NTErx · NDErx) v (NTErx · NCOrx) v (NIPrx · NDErx) v (NIPrx · NCOrx)))

P7, D4.6, D4.7, D4.8, D4.9, D8.3, D8.4, D8.5, D8.6

normas	deónticas	constitutivas
téticas	tético-deónticas	tético-constitutivas
hipotéticas	hipotético-deónticas	hipotético-constitutivas

Son *normas tético-deónticas* las que adscriben situaciones, es decir, facultades, obligaciones, prohibiciones o expectativas de actos (T8.38, T8.39), como las normas que regulan el tráfico, las prohibiciones penales y los derechos fundamentales. Son *normas tético-constitutivas* las normas derogatorias y todas las que adscriben estatus jurídicos subjetivos o que de cualquier manera califican sujetos u objetos (T8.40, T8.41), por ejemplo, los artículos del Código Civil que confieren la capacidad jurídica a las personas físicas y la capacidad de obrar a los mayores de edad, o los artículos 822-825 del mismo Código que configuran como «bienes demaniales» «la costa, la playa, los puertos y ensenadas, los ríos, los torrentes, los lagos y el resto de las aguas definidas como públicas por las leyes sobre la materia». Son *normas hipotético-deónticas* las normas que prefiguran situaciones (T8.42, T8.43), como las que predisponen obligaciones de forma para la producción de los actos que en el próximo capítulo llamaré ‘formales’ o prohibiciones de contenido para las que llamaré ‘decisiones’, o las normas que predisponen las expectativas de la responsabilidad y de la anulabilidad como efectos de actos ilícitos o de actos inválidos. Finalmente, son *normas hipotético-constitutivas* todas las que prefiguran estatus (T8.44, T8.45), disponiéndolos como efectos de los que llamaré ‘actos constitutivos’ —como el matrimonio, o los actos de nombramiento, o los institutivos de personas artificiales— o definiendo su significado normativo como las reglas para su uso en la práctica jurídica.

T8.38 (r)((NORr · SITr) → (NTEr · NDEr)) T8.22, T8.27

T8.39 (r)(x)((NTERx · NDERx) ≡ (NORr · (MODrx v ASPrx v ASPrLx)))
D8.3, D8.5, T4.58, T8.1

T8.40 (r)((NORr · STGr) → (NTEr · NCOrr)) T8.22, T8.28

T8.41 (r)(x)((NTERx · NCOrr) ≡ (NORr · STARx)) D8.3, D8.6, T4.59, T8.1

T8.42 (r)((NORr · M(∃y)(REGry · SITy)) → (NIPr · NDEr)) T8.23, T8.27

T8.43 (r)(x)((NIPrx · NDERx) ≡ (NORr · (∃y)((MODyx v ASPyx v ASPyLx) · REGry)))
D8.4, D8.5, T4.60, T8.1

T8.44 (r)((NORr · M(∃y)(REGry · STGy)) → (NIPr · NCOrr)) T8.23, T8.28

T8.45 (r)(x)((NIPrx · NCOrr) ≡ (NORr · (∃y)(STAyx · REGry)))
D8.4, D8.6, T4.61, T8.1

Más en general, el carácter tético constituye el rasgo distintivo de todas las situaciones (dispuestas por normas) *universales*, en contraposición a las situaciones *singulares* que son siempre predisuestas por normas hipotéticas. Son por ejemplo téticas, como se ha dicho, las normas que disponen situaciones universales, como los derechos fundamentales, atribuidos a clases de sujetos, o las prohibiciones penales. Son en cambio hipotéticas las normas que predisponen, como efectos de los actos negociales que hipotetizan, situaciones singulares, como los derechos patrimoniales, que corresponden a uno con exclusión de los demás, o las obligaciones civiles. Son téticas las normas de competencia que definen los poderes de un órgano; son hipotéticas las normas de compe-

tencia que atribuyen esos mismos poderes, como efectos de los actos de nombramiento que hipotetizan, al funcionario concreto que es el representante orgánico de tal órgano. Si además se consideran los diversos sectores del derecho, puede afirmarse que el Código Civil está formado principalmente por normas hipotético-deónticas, como las normas sobre la formación de los negocios, sobre los modos de adquisición de la propiedad y sobre las obligaciones; pero tampoco faltan en él normas tético-deónticas, como el artículo 5 sobre la prohibición de los actos de disposición del propio cuerpo, normas tético-constitutivas, como las que atribuyen la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, y normas hipotético-constitutivas, como las normas sobre los efectos del matrimonio o sobre las sucesiones. El derecho penal, en cambio, está formado enteramente por normas deónticas: por normas téticas, que prohíben determinados comportamientos como delitos, y por normas hipotéticas, que predisponen las penas para esos mismos comportamientos; mientras que faltan en él —o mejor dicho, deberían faltar, en honor a los principios de igualdad, de materialidad de la acción y de ofensividad del hecho— normas constitutivas⁸.

Hay por otro lado una ambivalencia de las normas que señala un fenómeno singular sobre el que volveré analíticamente en el § 9.7 y después al final del § 12.8 dedicado a la jurisdicción. Cualquier norma —sea tética o hipotética—, en el momento en que es violada por un acto ilícito o por un acto inválido, se presenta como norma hipotética en relación con la constatación jurisdiccional de su inobservancia. En otras palabras, la jurisdicción hace transparente la relatividad de nuestra distinción: una norma puede ser tética o hipotética dependiendo del acto que constituye su objeto. Se trata de una circunstancia que en nuestras tesis (D12.19 y T12.71) será puesta claramente de manifiesto por el cambio de la variable que indica el objeto (principal) regulado por la norma: el acto que es (observancia o) inobservancia de la norma y el acto que es constatación de la inobservancia y aplicación de esa misma norma. Por ejemplo, la norma penal sobre el robo es tética en relación con el robo prohibido por ella, y equivale a la prohibición del robo mismo; pero es hipotética en relación con (su aplicación en) la condena del robo, cuya obligación por parte de un juez predispone. Análogamente, las normas que adscriben derechos fundamentales son normas téticas si se contemplan como derechos fundamentales en relación con los actos que son su ejercicio, violación o satisfacción; pero son normas hipotéticas si se contemplan como normas sobre la producción de las sentencias, por ejemplo, de un tribunal constitucional, vinculadas a su aplicación a las leyes inválidas que las violan. En suma, todas las normas téticas se convierten en hipotéticas en el momento de su aplicación, en relación con la cual se configuran como normas sobre su producción.

8.4. *Normas adscriptivas, normas atributivas, normas imperativas y normas institutivas. Los institutos jurídicos*

Los términos con los que he denominado las cuatro clases de normas distinguidas arriba, pese a designar figuras indispensables para el análisis de la estructura de las normas, no pertenecen a los usos lingüísticos de los juristas. Sin embargo, su significado puede precisarse más si dentro de su ámbito aislamos cuatro nuevas figuras de normas más familiares al léxico teórico-jurídico. Aislaré por lo tanto, dentro de las normas téticas, las ‘*normas adscriptivas*’ de situaciones o de estatus⁹, que dividiré a su vez en ‘*normas atributivas*’ de estatus, de facultades o de expectativas y ‘*normas imperativas*’, o sea, impositivas de obligaciones o prohibiciones. Y aislaré, dentro de las normas hipotéticas, las ‘*normas institutivas*’ de conceptos o de institutos jurídicos que, como los ya mencionados artículos 832 y 2082 del Código Civil sobre la propiedad y sobre los empresarios, se limitan a definir las características normativas de aquello de lo que hablan.

D8.7 ‘*Norma adscriptiva*’ es toda norma que dispone situaciones o estatus jurídicos subjetivos.

$(r)(NASr \equiv (NORr \cdot (SITr \vee (\exists z)(STGrz \cdot SGGz))))$

D8.8 ‘*Norma atributiva*’ es toda norma adscriptiva de facultades, expectativas o estatus jurídicos subjetivos.

$(r)(NATr \equiv (NASr \cdot (FACr \vee ASPr \vee (\exists z)(STGrz \cdot SGGz))))$

D8.9 ‘*Norma imperativa*’ es toda norma adscriptiva de obligaciones o prohibiciones.

$(r)(NIMr \equiv (NASr \cdot (OBLr \vee DIVr)))$

D8.10 ‘*Norma institutiva*’ es toda norma que predispone un estatus jurídico para un conjunto de posibles cosas.

$(r)(NISr \equiv (NORr \cdot (\exists y)(\exists z)(REGry \cdot STGyz \cdot M(\exists w)INSzw)))$

Las normas adscriptivas se distinguen, por consiguiente, en normas atributivas y normas imperativas (T8.46). Evidentemente todas son normas téticas (T8.47). En concreto son normas tético-deónticas las adscriptivas de situaciones (T8.48), como las normas penales incriminadoras o las constitucionales sobre los derechos fundamentales; mientras que son normas tético-constitutivas las adscriptivas de estatus subjetivos (T8.49), como las normas que confieren la capacidad jurídica o la ciudadanía por nacimiento. En cambio, no son adscriptivas las normas institutivas, como, por ejemplo, las definiciones normativas, que son normas hipotético-constitutivas (T8.50).

T8.46	$(r)(NASr \equiv (NATr \vee NIMr))$	D8.7, D8.8, D8.9, T6.1, T2.43
T8.47	$(r)(NASr \rightarrow NTEr)$	D8.7, T8.22
T8.48	$(r)((NASr \cdot SITr) \rightarrow (NTEr \cdot NDEr))$	D8.7, T8.38
T8.49	$(r)((NASr \cdot (\exists z)(STGrz \cdot SGGz)) \rightarrow (NTEr \cdot NCOrr))$	D8.7, T8.40
T8.50	$(r)(NISr \rightarrow (NIPr \cdot NCOrr))$	D8.10, T8.44

El rasgo característico de las normas adscriptivas, que constituyen además la mayor parte de las normas téticas (excluidas únicamente las normas tético-constitutivas de estatus de bienes u otros objetos), es que sus destinatarios son los mismos sujetos de las situaciones o de los estatus que prescriben. En efecto, su relación con los sujetos es diferente a la de las otras normas. Ya se trate de normas atributivas o de normas imperativas, tal relación es inmediata, y consiste justamente en la adscripción de situaciones o de estatus. En cambio, en el caso de las normas hipotéticas, que no adscriben inmediatamente nada, dicha relación es indeterminada y virtual. Por consiguiente, sólo para las normas adscriptivas, sean deónticas o constitutivas de estatus subjetivos, puede decirse que los *destinatarios* son precisamente los sujetos de las situaciones o de los estatus adscritos con ellas (T8.51). Los destinatarios de la norma penal sobre el hurto, o de las normas constitucionales sobre la libertad de pensamiento, o de las civiles sobre la capacidad de obrar, por ejemplo, no son sino (el conjunto de) las personas naturales a las que dichas normas prohíben robar, o adscriben el derecho de manifestación del pensamiento, o atribuyen la identidad de «mayores de edad». Al disponer inmediatamente situaciones o estatus, en efecto, todas estas normas también determinan inmediatamente sus destinatarios, identificándolos con los sujetos a los que les imputan situaciones y estatus:

T8.51	$(r)(NASr \rightarrow (\exists z)(SGGz \cdot ((IMPrz \cdot SITr) \vee STGrz)))$	D8.7, T7.12
-------	---	-------------

Todo esto no vale para las normas hipotéticas. Las normas del código civil que prefiguran las formas o los efectos del contrato, o las del código penal que establecen con carácter general los requisitos del delito o predisponen las penas, o las de los códigos de procedimiento sobre el contradictorio entre las partes, no identifican inmediatamente sus destinatarios, que son, precisamente, los hipotéticos contratantes, o los hipotéticos delincuentes o las hipotéticas partes en la causa. Obviamente esto no significa que las normas hipotéticas carezcan de destinatarios. Únicamente significa que no tienen destinatarios actuales sino sólo virtuales, que deberán ser identificados a partir de los actos o de las otras cosas postuladas por ellas. Lo que nuestras definiciones señalan, y que suele descuidarse, es que el contenido de las normas que he llamado adscriptivas y el de las normas que he llamado hipotéticas son estructuralmente diferentes, por el carácter inmediatamente prescriptivo de las primeras y sólo mediatamente prescriptivo de las segundas. Y que existe por ello una asimetría entre sus destinatarios: los destinatarios de las normas hi-

potéticas —como, por ejemplo, las deónticas sobre la formación de los contratos o sobre la aplicación de las sanciones, o las constitutivas que definen la propiedad predisponiendo en abstracto su disciplina— también son ellos mismos hipotéticos; los de las normas adscriptivas, en cambio, son los sujetos de las situaciones y de los estatus normativos prescritos directamente por ellas.

Por otra parte, la definición D8.10 y el teorema T8.50 han aislado entre las normas hipotéticas, y en concreto entre las hipotético-constitutivas, la clase de las normas institutivas. Como todas las normas hipotéticas, tampoco las normas institutivas prescriben inmediatamente nada. Simplemente instituyen, o si se quiere *definen*, conceptos¹⁰. Son por ejemplo conceptos —los conceptos de «propiedad», de «obligación» y de «cónyuges»— los significados prescriptivos de los artículos 832, 1173-1174 y 143 del Código Civil italiano; mientras que son situaciones y estatus, obviamente no normativos sino singulares, la propiedad privada de este o aquel bien adquirida mediante un contrato, la obligación de restituir una suma de dinero recibida a título de mutuo, el estatus de cónyuge adquirido con un matrimonio y otros similares.

Denominaré *institutos* a los conceptos jurídicos definidos por normas institutivas¹¹. Y los configuraré como los estatus normativos conferidos por éstas a un determinado conjunto de posibles cosas de naturaleza indeterminada. El objeto de una definición normativa, o sea, de una norma institutiva, puede en efecto referirse a cualquier tipo de cosa: un tipo de acto, un tipo de situación, un tipo de bien, un tipo de sujeto e incluso un tipo de estatus.

D8.11 '*Instituto*' es el estatus jurídico constituido por una norma institutiva para un conjunto de posibles cosas.

(y)(ISTy \equiv ($\exists z$)($\exists r$)(STGyz · REGry · NISr · M($\exists w$)INSzw))

De ahí se deriva una correspondencia biunívoca entre institutos y normas institutivas, vinculada al hecho de que los primeros, en cuanto abstracciones conceptuales, son siempre significados constituidos por normas precisamente institutivas (T8.52, T8.53); y éstas, a su vez, son siempre reglas de uso de institutos o conceptos, instituidos por ellas como estatus de sus posibles cosas (T8.54, T8.55).

T8.52 (y)(ISTy \rightarrow ($\exists r$)(REGry · NISr)) D8.11

T8.53 (y)(ISTy \rightarrow ($\exists r$)(SIGy · REGry · NISr)) T8.52, D8.11, T7.31

T8.54 (r)(NISr \rightarrow ($\exists y$)(REGry · ISTy)) D8.10, D8.11

T8.55 (y)(ISTy \rightarrow ($\exists z$)(STGyz · M($\exists w$)INSzw)) D8.11

Por lo tanto, a diferencia de los estatus jurídicos subjetivos conferidos inmediatamente por normas adscriptivas o tético-constitutivas, los institutos son *estatus normativos* que las normas institutivas se limitan a definir en abstracto. Podemos esclarecer esta diferencia entre los insti-

tutos y los otros estatus jurídicos —y correlativamente entre las normas institutivas y las otras normas constitutivas— analizando sus diferentes referencias empíricas a partir de la distinta cuantificación de sus objetos. Tomemos los estatus de la personalidad, la capacidad de obrar, la capacidad jurídica y la ciudadanía analizados en el capítulo anterior. Aquello cuya existencia postulamos al hablar de estos estatus —ya sean conferidos por normas tético-constitutivas (como la capacidad de obrar atribuida a los mayores de edad por el artículo 2 del Código Civil italiano) o por actos preceptivos singulares a partir de normas hipotético-constitutivas (como el estatus de cónyuge adquirido con el matrimonio y preconstituido por los arts. 143-148 del mismo código)— es la clase de personas o las personas particulares concretamente identificadas con ellos (T4.17). También los institutos, al consistir en estatus, comportan la existencia de algo (P9, T4.17, T8.55). Pero este algo —por ejemplo la propiedad definida por el artículo 832 del código civil— es solamente el concepto jurídico de la propiedad privada, es decir, el conjunto de las situaciones que se denominan «propiedad» y cuya concreta existencia, junto a la de los sujetos que son titulares de las mismas, es postulada en abstracto, o sea, como posible, por la norma que las prevé (T8.55). A diferencia de las normas adscriptivas, que adscriben a personas las situaciones y los estatus producidos con ellas, las normas institutivas no adscriben nada, y simplemente equivalen a la creación de un instituto, o sea, de un concepto normativo. Por eso, en la configuración de los institutos o conceptos jurídicos definidos por normas institutivas juega un papel esencial la dogmática jurídica, que siempre los redefine mediante la interpretación sistemática de los fragmentos de normas que concurren a constituirlos.

Naturalmente, lo que nuestras distinciones permiten aislar son categorías analíticas, no tipologías alternativas o excluyentes. En efecto, sucede, como veremos mejor en el § 8.8, que las normas adscriptivas incluyen con frecuencia definiciones normativas, o al menos remiten a ellas, o sea, a normas implícitamente institutivas que establecen las condiciones de uso de conceptos normativos. El artículo 624 del Código Penal, por ejemplo, es una norma tético-deóntica adscriptiva de la prohibición de robo y una norma hipotético-deóntica sobre la obligación de aplicar al robo que eventualmente se cometa la pena de reclusión de tres meses a tres años y multa de hasta 516 euros. Pero es también, al mismo tiempo, una norma institutiva que define el concepto de robo. Es más, puede afirmarse que las normas institutivas, sean explícitas o implícitas, siempre están conectadas a otras normas, en el sentido de que están presupuestas por ellas. El varias veces citado artículo 832 del Código Civil, por ejemplo, es la norma institutiva de la propiedad asociada a la norma hipotético-deóntica expresada por el artículo 922 sobre los modos de adquisición de la misma. Incluso las normas adscriptivas de estatus personales, como las que establecen quién es capaz y quién es ciudadano, están normalmente asociadas a normas que instituyen los estatus adscritos y

establecen su significado: por ejemplo, el artículo 2 del Código Civil contiene una norma adscriptiva de la capacidad de obrar a todos los mayores de edad, o sea, a quienes hayan cumplido los «dieciocho años», y una norma institutiva que define la capacidad de obrar como «la capacidad de realizar todos los actos para los que no se establezca una edad distinta».

8.5. *El normativismo. El principio de mera legalidad y el principio de estricta legalidad de los actos*

Podemos reformular ahora —a partir de la definición de ‘norma’ y de los postulados P10 y P11— la que tal vez sea la tesis más importante de la teoría: el *principio del normativismo*, que en los ordenamientos modernos encuentra su expresión positiva en el *principio de legalidad*. En virtud de tal principio, del que ya he hablado en los §§ 1.3, 1.6, 5.2-5.4 y 6.6, todo fenómeno jurídico —sea un acto o un efecto, una situación o un estatus, una fuente o una norma— supone una norma por la que viene regulado.

El *principio de legalidad* es el principio basilar —*iuris et in iure*, como se dijo en el § 5.2— del estado de derecho sobre el que se funda, como veremos en la tercera y en la cuarta parte, todo el edificio garantista de la democracia constitucional. Dicho principio consiste en la previsión y en la disciplina normativa de todos los actos jurídicos no constituyentes y de todos sus efectos (T8.56): desde las decisiones públicas o privadas con las que se ejerce un poder y se producen situaciones, hasta los actos obligatorios que extinguen obligaciones, e incluso los actos ilícitos, en primer lugar los delitos, cuyo efecto es el sometimiento de sus autores a sanciones, a su vez normativamente preestablecidas. El único acto no sometido a este principio —en virtud de la otra cara del positivismo jurídico, expresada por el segundo corolario (T5.55) del postulado P13— es el constituyente, que al igual que sus efectos no viene previsto por ninguna norma (T8.57, T8.58), siendo un acto atípico y no regulado (T5.56-T5.58). Resulta además superfluo precisar que la norma que disciplina un determinado tipo de acto o de efecto no siempre viene formulada en un mismo contexto y ni siquiera en un mismo texto normativo. En tal caso es tarea del intérprete reconstruirla en su totalidad, localizando y conectando sus fragmentos mediante el análisis sistemático de todo el discurso normativo.

T8.56 $(x)(y)((ATTx \cdot CAUxy \cdot \neg COSx) \vee (EFFyx \cdot ATTx \cdot \neg COSx)) \rightarrow$
 $(\exists r)(NORr \cdot REGrx \cdot REGry)$ P10, D8.1, T5.30, D5.1
 T8.57 $(x)((ATTx \cdot COSx) \rightarrow \neg(\exists r)(NORr \cdot REGrx))$ T5.54
 T8.58 $(y)(x)((EFFyx \cdot ATTx \cdot COSx) \rightarrow \neg(\exists r)(NORr \cdot REGrx \cdot REGry))$ T8.57

Si analizamos ahora el principio de legalidad, tal y como resulta expresado por la tesis T8.56, advertimos que es un principio complejo

que se articula en dos tesis: una relativa (sólo) a los actos y otra (también) a sus efectos, incluyendo entre ellos las propias normas que, como se ha visto, son producidas por esos particulares actos que he llamado ‘fuentes’ (D8.2).

La primera tesis —que llamaré *principio de mera legalidad (de los actos)* y que ya he formulado en una primera aproximación con las tesis T5.7 y T5.32— afirma que todo acto no constituyente supone una norma (T8.59), y en concreto una norma deóntica (T8.60), que lo prevé como «tipo normativo» o «supuesto»¹². De acuerdo con ella, todos los actos, a excepción del constituyente, resultan relevantes en el mundo del derecho como causas de efectos en la medida en que vengan abstractamente previstos y deónticamente calificados por normas que son producidas, a su vez, por fuentes supraordenadas a ellos (T8.61): ya se trate de aquellos actos que de acuerdo con el postulado P13 no son constituyentes porque están subordinados a los que producen las normas que regulan su formación (T5.66, T8.62), como es el caso de todos los actos preceptivos y en general de los que más adelante llamaré ‘formales’ (D9.2); o ya se trate de aquellos actos que de acuerdo con el postulado P14 no son constituyentes simplemente porque están prohibidos o son obligatorios (T6.84, T8.63), como es el caso de todos los actos ilícitos y de los cumplimientos que más adelante llamaré ‘informales’ (D9.3). Si además tales actos son a su vez fuentes normativas, serán de grado subordinado a las fuentes de las que son efecto las normas sobre su formación, que en su momento llamaré ‘*normas formales*’ (D9.11), y de grado supraordenado a los actos regulados por las normas que son efectos de ellos (T8.64). Como sabemos, sólo el acto constituyente no está previsto por ninguna norma (P13, T5.56, T8.57), de manera que diremos que un acto es constituyente si y sólo si es atípico, es decir, no regulado por ninguna norma (T8.65), mientras que no lo es en caso contrario (T8.66).

T8.59 (x)((ATTx · ¬COSx) → (∃r)(NORr · REGrx)) T8.56, T5.30

T8.60 (x)((ATTx · ¬COSx) → (∃r)NDERx)

P10, D8.1, T5.30, D5.1, D8.5, D4.8

T8.61 (x1)((ATTx1 · ¬COSx1) → (∃r)(∃x0)(NORr · REGrx1 · CAUx0r ·

FONx0r · GSOx0x1 · ATTx1)) T8.59, T8.12, D8.2, T5.47

T8.62 (x2)(x1)((ATTx2 · GSUx2x1) → (∃r)NDERx2) T8.60, T5.66, T5.46

T8.63 (x)((ATTx · (VIEx · OBBx)) → (∃r)NDERx) T6.84, T8.60

T8.64 (x1)(r2)((FONx1r2 · ¬COSx1) → (∃x0)(∃r1)(GSUx1x0 · FONx0r1 ·

EFFr1x0 · NORr1 · REGr1x1 · (x2)((ATTx2 · REGr2x2) → (GSOx1x2 ·

NORr2 · EFFr2x1)))) T8.59, D8.2, T8.12, T5.47, T5.30, D5.1, T8.1

T8.65 (x)(ATTx → (COSx ≡ ¬(∃r)(NORr · REGrx))) T8.57, T8.59

T8.66 (x)(ATTx → (¬COSx ≡ (∃r)(NORr · REGrx))) T8.65

La segunda tesis contenida en la T8.56 —que llamaré *principio de estricta legalidad (de los actos)* y que ya he anticipado en parte con la tesis T5.8— quizás sea aún más importante en la lógica del estado constitucional de derecho. De acuerdo con ella no sólo los actos no consti-

tuyentes sino también sus efectos están regulados por normas (T8.67), cuyo contenido regulativo es por lo tanto la eficacia de aquéllos (T8.68), que en su momento fue definida como conexión normativa entre tipos de actos y tipos de efectos. De ahí derivará que esos actos lingüísticos preceptivos cuyos efectos, como se verá en el capítulo IX, son las normas, las situaciones o los estatus que expresan, están vinculados por normas no sólo en lo relativo a las formas de su producción sino también en lo relativo a los significados que producen (T8.69). En particular, dado que las normas son siempre efectos de esos actos preceptivos que son sus fuentes (T8.19), cuando la fuente no sea el acto constituyente también su significado estará sometido a normas (T8.70) que en su momento denominaré '*normas sustantivas*' (D9.12). Diremos en tal caso que aquellas normas son de grado subordinado a éstas, mientras que son de grado supraordenado a las normas producidas por las fuentes reguladas por ellas (T8.71).

- T8.67 $(y)(x)((EFFyx \cdot ATTx \cdot \neg COSx) \rightarrow (\exists r)(NDErx \cdot REGrx \cdot REGry))$
P10, D8.1, T5.30, D5.1, D8.5, D4.8
- T8.68 $(x)((ATTx \cdot \neg COSx) \rightarrow (\exists r)(\exists y)(NORr \cdot REGrx \cdot EFCx \cdot REGy \cdot EFFyx))$
T8.56, T5.31, T5.41
- T8.69 $(x)((ATTx \cdot \neg COSx \cdot PREx \cdot EFFyx \cdot (NORy \vee SITy \vee STGy) \cdot SIGyx) \rightarrow (\exists r)(NORr \cdot REGrx \cdot REGry))$
T8.56
- T8.70 $(y)(x)((NORy \cdot EFFyx \cdot FONxy \cdot \neg COSx) \rightarrow (\exists r)(NORr \cdot REGry \cdot SIGy))$
T8.67, D8.2, D8.5, T8.5
- T8.71 $(r2)(x1)((NORr2 \cdot EFFr2x1 \cdot FONx1r2 \cdot ATTx1 \cdot \neg COSx1) \rightarrow ((\exists r1)(GSUr2r1 \cdot NORr1 \cdot REGr1x1) \cdot (x2)(r3)((REGr2x2 \cdot FONx2r3) \rightarrow (GSOrr2r3 \cdot NORr3 \cdot EFFr3x2))))$
T8.59, D8.2, T5.48, D5.1, T5.64

Ahora bien, como veremos en el capítulo XII, las únicas normas cuya fuente es el acto constituyente son las constitucionales. Por consiguiente, todas las demás, comenzando por las leyes, están sometidas a normas tanto en lo relativo a su forma como en lo relativo a su significado. La legalidad de las normas se conecta de este modo a su positividad, comportando la disciplina normativa no sólo de sus fuentes sino también de sus contenidos. En el capítulo IX, y luego en la parte cuarta, ilustraré de manera analítica estos dos niveles de legalidad, uno relativo a las fuentes y más en general a los actos preceptivos y el otro a las normas y más en general a los efectos prescriptivos. Sin embargo podemos afirmar desde ahora que *principio de mera legalidad* y *principio de estricta legalidad* constituyen los dos principios del normativismo que corresponden, de un lado, a dos modelos de ordenamiento el segundo de los cuales presupone el primero y, de otro, a las dos dimensiones —una formal porque es relativa a las formas de los actos decisionales y la otra sustancial porque es relativa a la sustancia de los efectos decididos— de la democracia constitucional. En virtud del primer modelo y de la primera dimensión, las normas, sean cuales sean los significados que expresen, son *condicionantes* de la existencia de los actos previstos por ellas (T8.59-T8.60); en

virtud del segundo modelo y de la segunda dimensión, las normas, es decir, los propios significados normativos que expresan, están a su vez *condicionadas* por otras normas superiores a ellas (T8.70).

De hecho los dos principios son parcialmente independientes entre sí. Un ordenamiento puede estar regido *sólo* por el primero o *también* por el segundo. De acuerdo con el primer principio todos los actos suponen normas, las que, por consiguiente, son condicionantes de los mismos: en el sentido de que un acto es tal, o sea, es productor de efectos, sólo si existe una norma que lo prevé y con la cual, cuando se trate de los actos que llamaré ‘formales’, debe ser, como veremos más adelante, *conforme* (D9.14). De acuerdo con el segundo principio, relativo en particular a las decisiones, son los significados de éstas —y por tanto, cuando se trate de decisiones consistentes en fuentes, las propias normas jurídicas que son sus efectos— los que están a su vez condicionados por normas de grado superior con las cuales, como veremos, deben ser *coherentes* (D9.15). Mientras que el primer principio, como se mostrará en el próximo capítulo, concierne a la forma de las decisiones y sirve para condicionar su vigencia y su validez formal, el segundo concierne a su significado o contenido y sirve para condicionar su validez sustancial.

Se comprende a partir de aquí la diferencia entre los dos modelos de ordenamiento generados por nuestros dos principios o niveles de legalidad. El *principio de mera legalidad* está en la base del *estado legislativo de derecho* o *estado de derecho en sentido lato* o *débil*: en el sentido, en concreto, en que son estados de derecho todos los ordenamientos en los que la producción de efectos, cualesquiera que sean, está condicionada a la previsión, mediante normas legales, de los actos que son causa de los mismos. El *principio de estricta legalidad* está en cambio en la base del *estado constitucional de derecho* o *estado de derecho en sentido estricto* o *fuerte*: en el sentido, en concreto, de que las propias normas condicionantes están a su vez condicionadas, en lo relativo al tipo de efectos que están habilitadas para condicionar, por vínculos y límites sustanciales impuestos como obligaciones y prohibiciones por normas superiores a ellas. El primero viene asegurado por cualquier sistema de derecho positivo informado en el simple principio, propio del *positivismo jurídico*, *quod principi placuit legis habet vigorem*; el segundo exige además el sometimiento al derecho del propio derecho que sólo puede provenir del *constitucionalismo jurídico*, es decir, de la estipulación de lo que al príncipe debe o no debe placerle. Para satisfacer adecuadamente el primer principio es suficiente la *legislación*, esto es, un sistema de normas positivas reconocibles como vigentes únicamente por su forma de producción; para satisfacer el segundo es además necesaria una *constitución*, esto es, un sistema de normas no sólo formales sino también sustantivas sobre las condiciones en presencia de las cuales las leyes vigentes son reconocibles también como válidas o inválidas a partir de su contenido o significado.

Finalmente, sobre los dos principios se basan, respectivamente, las que en su momento denominaré *dimensión formal* y *dimensión sustancial* de la democracia constitucional: de un lado, las formas del autogobierno político y de la autonomía privada, de otro, los límites y vínculos sustanciales impuestos a todos los poderes, sean públicos o privados, para la garantía de todos los derechos fundamentales, tanto de libertad como sociales. Es en la conexión entre los dos principios en lo que se basa esa relación entre forma y sustancia, entre legitimación formal y legitimación sustancial, entre racionalidad formal y racionalidad sustancial, en la que cifraré en los próximos capítulos el paradigma del estado constitucional de derecho y de las actuales democracias constitucionales.

8.6. *El principio de mera legitimidad y el principio de estricta legitimidad de las situaciones y de los estatus*

Podemos ilustrar aún más la estructura de los fenómenos normativos, obteniendo una formulación del principio del normativismo referida, no ya a los que en el próximo capítulo llamaré ‘actos preceptivos’, sino a las normas, situaciones y estatus que son sus efectos; no ya a la legalidad mera o estricta de los primeros, sino a la consiguiente legitimidad, mera o estricta, de los segundos.

A partir de la definición de ‘norma’ y del postulado P11 se puede demostrar que todas las situaciones no constituyentes, como ya se indicó en el § 6.6 (T6.46), o son normas o están reguladas por normas (T8.72). Y lo mismo cabe decir de los estatus jurídicos (T8.73), cuya definición (D7.1), no por casualidad, reproduce la estructura del postulado P11. Pero las situaciones y los estatus que consisten en normas son, como sabemos, normas tético-deónticas las unas (T8.38) y normas tético-constitutivas los otros (T8.40); mientras que las normas que prevén situaciones o estatus son normas hipotético-deónticas las unas (T8.42) y normas hipotético-constitutivas las otras (T8.44). De donde se sigue que todas las situaciones no constituyentes, o son normas tético-deónticas o están previstas por normas hipotético-deónticas (T8.74); y que todos los estatus jurídicos, o son normas tético-constitutivas o están previstos por normas hipotético-constitutivas (T8.75). Y a la inversa, como ya habíamos demostrado, todas las normas o son normas téticas, o sea, situaciones o estatus *normativos*, o son normas hipotéticas, o sea, *normas de situaciones* o *de estatus* (T8.21-T8.23).

T8.72 (y)((SITy · ¬COSy) → (NORy v (∃r)(NORr · REGry)))

P11, T5.30, D6.1, D8.1

T8.73 (y)(z)(STGyz → (NORy v (∃r)(NORr · REGry)))

D7.1, D8.1, T5.31, D5.1

T8.74 (y)((SITy · ¬COSy) → ((NTEy · NDEy) v (∃r)(NIPr · NDEr · REGry)))

T8.72, T8.38, T8.42

T8.75 $(y)(z)(STGyz \rightarrow ((NTEy \cdot NCOy) \vee (\exists r)(NIPr \cdot NCO_r \cdot REGry)))$
T8.73, T8.40, T8.44

Por ejemplo, los derechos fundamentales y las prohibiciones penales son normas tético-deónticas producidas directamente *ex lege* por medio de normas constitucionales o de normas legales; en cambio, los derechos patrimoniales y las obligaciones civiles son situaciones producidas por actos preceptivos a partir de las normas hipotético-deónticas del código civil que disciplinan su producción. Por su parte, la personalidad de las personas naturales, su capacidad jurídica, su capacidad de obrar y su ciudadanía por nacimiento son normas tético-constitutivas, o sea, estatus conferidos directamente *ex lege* por el código civil o por otras normas legales; mientras que la personalidad de las personas jurídicas, el estatus de cónyuge y la ciudadanía adquirida son estatus producidos por actos administrativos o negociales a partir de las normas hipotético-constitutivas que los predisponen como sus efectos. Podemos identificar con las tesis T8.72-T8.75 el *principio de mera legitimidad (de las situaciones y de los estatus)*. Dicho principio se limita a establecer que todos los estatus y las situaciones no constituyentes, o son dispuestos o son predispuestos por normas.

Mucho más relevante en la lógica del estado constitucional de derecho es el *principio de estricta legitimidad (de las situaciones y de los estatus)*, derivable del principio de estricta legalidad de los actos expresado por la tesis T8.67. De acuerdo con este principio, esos mismos estatus y situaciones, incluidos los inmediatamente expresados por normas téticas, al consistir en los efectos de actos no constituyentes y por ello disciplinados a su vez por normas, están sometidos a normas hipotéticas que vinculan sus significados (T8.76-T8.78): en concreto, a normas hipotético-deónticas, cuando se trate de situaciones (T8.76), y a normas hipotético-constitutivas, cuando se trate de estatus jurídicos (T8.77).

T8.76 $(y)(x)((SITy \cdot EFFyx \cdot ATTx \cdot \neg COSx) \rightarrow (\exists r)(NIPr \cdot NDErx \cdot REGry \cdot SIGy))$ T8.67, T8.42, D8.5
T8.77 $(y)(x)((STGy \cdot EFFyx \cdot ATTx \cdot \neg COSx) \rightarrow (\exists r)(NIPr \cdot NCO_r \cdot REGry \cdot SIGy))$ T8.67, T8.44, D8.5
T8.78 $(y)(x)((SITy \vee STGy) \cdot EFFyx \cdot ATTx \cdot \neg COSx) \rightarrow (\exists r)(NIPr \cdot (NDEr \vee NCO_r) \cdot REGry \cdot SIGy))$ T8.76, T8.77

Las prohibiciones penales, por ejemplo, además de ser normas tético-deónticas, están sometidas a las normas hipotéticas impuestas al legislador por la constitución, como por ejemplo los principios de taxatividad y de responsabilidad personal y los derechos fundamentales que también condicionan, como límites inviolables, los contenidos de la legislación penal. Lo mismo cabe decir de las normas civiles sobre la capacidad de las personas naturales, que son normas tético-constitutivas sometidas a su vez al principio constitucional de igualdad. Únicamente las situaciones y los estatus directamente producidos por el acto constituyente,

como son precisamente los derechos fundamentales y el principio de igualdad establecidos por la constitución, son sólo normas téticas (o sea, consistentes inmediatamente en situaciones), al no existir ninguna norma hipotética superior a ellas (T8.58).

Hemos obtenido así una nueva formulación y al mismo tiempo una integración del principio del normativismo: de un lado, del principio de estricta legalidad de los actos expresado por la tesis T8.67; de otro, del principio de estricta legitimidad de las situaciones y de los estatus expresado por las tesis T8.76-T8.78. Excluida la situación constituyente, que nunca es una norma (T8.15, T8.18) y mucho menos supone una norma (T8.58), todos los actos y los efectos, y en particular todos los efectos consistentes en situaciones y en estatus, suponen normas por las que están vinculados. El principio de estricta legalidad de los actos se resuelve, en última instancia, en el principio de estricta legitimidad de las normas, de las situaciones y de los estatus, o sea, de los significados producidos por los que en el próximo capítulo llamaré ‘actos preceptivos’ y de los que dicho principio permite fundar lo que llamaré la ‘validez sustancial’.

8.7. *La sintaxis del derecho. La red de las normas: los principia iuris tantum de la unidad, la plenitud y la coherencia*

Se ha visto con la tesis T8.35 que todo objeto de regulación de una norma deóntica, como es el caso de todos los actos no constituyentes (T8.60), constituye la observancia o la inobservancia de la misma. Por eso, todos los actos, excluido obviamente el constituyente, consisten en la observancia o en la inobservancia de una norma deóntica (T8.79).

T8.79 $(x)((ATTx \cdot \neg COSx) \rightarrow (\exists r)((OSSxr \vee IOSxr) \cdot NDERx))$ T8.60, T8.35

Pero las normas, como sabemos, son significados (T8.5-T8.8), y más en concreto significados de carácter general y abstracto. Se comprende así el nexa ya enunciado otras veces entre principio de *legalidad* y principio de *tipicidad* de los actos: decir que los actos son observancias o inobservancias de normas quiere decir que son prefigurados por éstas como «clases», «tipos» o «supuestos» abstractos, o si se quiere como «conceptos normativos», mediante la estipulación explícita o implícita de las características que determinan su extensión; y que por consiguiente todo acto singular y concreto se configura como aquello que es denotado o nombrado por la norma (por ejemplo, con el nombre de «robo», o de «homicidio», o de «mutuo», o de «sentencia» u otros similares)¹³, o sea, como actuación, expresión y referencia empírica del significado normativo téticamente expresado o hipotéticamente prefigurado con ella¹⁴.

T8.80 $(x)((ATTx \cdot \neg COSx) \rightarrow (\exists r)((ATZxr \cdot SIGr \cdot NDERx) \vee (\exists y)(ATZxy \cdot SIGy \cdot REGry \cdot NDERx)))$ T8.60, D8.5, D4.8, D2.7, T5.16, P6

De donde se deriva que las secuencias de actos y de situaciones expresadas por nuestras tesis T6.48-T6.51 pueden reformularse en términos de fuentes y de normas, viniendo así a representar un universo lingüístico unitario, normativamente ordenado por las relaciones de grado que median entre los diversos niveles en los que se articula. Siguiendo la secuencia ascendente, desde cualquier acto no constituyente se puede volver a la norma de la que es observancia o inobservancia, desde ésta a la fuente de la que la norma es efecto, y así sucesivamente hasta llegar a una fuente originaria o constituyente (T8.81). Siguiendo la secuencia descendente se realiza en cambio el recorrido inverso a partir de la situación constituyente (T8.82). Y puesto que, como he mostrado, los actos son jurídicamente inteligibles a partir de los significados asociados a las normas que los denotan y que a su vez son expresadas por los actos lingüísticos que son causa de las mismas, nuestras secuencias pueden ser reinterpretadas, recorriéndolas tanto desde abajo como desde arriba, como otras tantas redes de signos y de significados (T8.83-T8.84): de signos inteligibles a partir de las reglas de uso establecidas por las normas sobre su producción, que son a su vez significados expresados por signos producidos por actos normativos, hasta llegar a ese significado originario o no positivo que es la situación constituyente (T8.83); y de significados a cuya luz son inteligibles los actos que son actuación de los mismos y los signos que éstos producen, productores a su vez, si son preceptivos, de significados prescriptivos, hasta llegar a un acto no lingüístico productor de efectos que no consisten en significados (T8.84).

T8.81 $(x3)((ATTx3 \cdot \neg COSx3) \rightarrow (\exists r2)((OSSx3r2 \vee IOSx3r2) \cdot NDEr2x3)) \cdot (r2)((NDEr2x3 \rightarrow (\exists x2)(EFFr2x2 \cdot FONx2r2)) \cdot (x2)((FONx2r2 \cdot \neg COSx2) \rightarrow (\exists r1)((OSSx2r1 \vee IOSx2r1) \cdot NDEr1x2)) \cdot (r1)((NDEr1x2 \rightarrow (\exists x1)(EFFr1x1 \cdot FONx1r1)) \cdot (x1)((FONx1r1 \cdot \neg COSx1) \rightarrow (\exists r0)((OSSx1r0 \vee IOSx1r0) \cdot NDEr0x1)) \cdot (r0)(NDEr0x1 \rightarrow (\exists x0)(EFFr0x0 \cdot FONx0r0))))))$ T8.79, D8.5, T8.19, D8.2

T8.82 $(y0)((SITy0 \cdot COSy0) \rightarrow M(\exists x1)(ATZx1y0 \cdot ATTx1)) \cdot (x1)(r1)((FONx1r1 \rightarrow (CAUx1r1 \cdot NORr1)) \cdot ((NDEr1 \rightarrow M(\exists x2)RDEr1x2) \cdot (x2)(r2)((FONx2r2 \rightarrow (CAUx2r2 \cdot NORr2)) \cdot ((NDEr2 \rightarrow M(\exists x3)RDEr2x3) \cdot (x3)(r3)(FONx3r3 \rightarrow (CAUx3r3 \cdot NORr3))))))$ D8.2, T8.29, T6.22

T8.83 $(x3)((ATTx3 \cdot \neg COSx3) \rightarrow (\exists r2)((ATZx3r2 \cdot SIGr2 \cdot NDEr2x3) \vee (\exists y2)(ATZx3y2 \cdot SIGy2 \cdot REGr2y2 \cdot NDEr2x3))) \cdot (r2)(x3)((NDEr2x3 \rightarrow (\exists x2)(SIGr2x2 \cdot SEGx2 \cdot PREx2)) \cdot (x2)((FONx2r2 \cdot \neg COSx2) \rightarrow (\exists r1)((ATZx2r1 \cdot SIGr1 \cdot NDEr1x2) \vee (\exists y1)(ATZx2y1 \cdot SIGy1 \cdot REGr1y1 \cdot NDEr1x2))) \cdot (r1)(x2)((NDEr1x2 \rightarrow (\exists x1)(SIGr1x1 \cdot SEGx1 \cdot PREx1)) \cdot (x1)((FONx1r1 \cdot \neg COSx1) \rightarrow (\exists r0)((ATZx1r0 \cdot SIGr0 \cdot NDEr0x1) \vee (\exists y0)(ATZx1y0 \cdot SIGy0 \cdot REGr0y0 \cdot NDEr0x1))) \cdot (r0)(x1)(NDEr0x1 \rightarrow (\exists x0)(SIGr0x0 \cdot SEGx0 \cdot PREx0))))))$ T8.80, T4.11, D8.5, D4.8, T4.2, D8.2

T8.84 (y0)(((SITy0 · COSy) → (SIGy0 · M(∃x1)(ATZx1y0 · ATTx1))) ·
 (x1)(r1)(((FONx1r1 · SIGr1x1) → (SEGx1 · CAUx1r1 · NORr1)) ·
 (((NORr1 · NDEr1) → (SIGr1 · M(∃x2)RDEr1x2)) ·
 (x2)(r2)((FONx2r2 · SIGr2x2) → (SEGx2 · CAUx2r2 · NORr2)) ·
 (((NORr2 · NDEr2) → (SIGr2 · M(∃x3)RDEr2x3)) ·
 (x3)(r3)(FONx3r3 · SIGr3x3) → (SEGx3 · CAUx3r3 · NORr3)) ·
 (x4)((NORr3 · NDEr3x4 · ATTx4 · ¬SEGx4) → (∃y)(EFFyx4 ·
 ¬SIGyx4))))))))) T6.42, D8.2, T4.2, D8.5, T8.6, T5.35

La red generada por estas secuencias expresa, por así decir, tanto la sintaxis como la semántica y la pragmática de ese universo lingüístico que es el derecho positivo. En el próximo párrafo hablaré de la semántica y de la pragmática. Aquí analizaré la sintaxis o *sintáctica* de los ordenamientos jurídicos tal y como resulta de las relaciones entre los actos, las situaciones y las normas pertenecientes a ellos. De acuerdo con la representación de esas relaciones ofrecida por nuestras secuencias, es posible plantear los que Norberto Bobbio ha identificado como los tres principales problemas relativos a la estructura de los ordenamientos: el de su *unidad*, el de su *coherencia* y el de su *plenitud*¹⁵.

En primer lugar, nuestras secuencias postulan la *unidad* de los sistemas de derecho positivo en relación con las dos interpretaciones de los mismos que he avanzado en el § 6.7: en relación con su interpretación vertical en términos de actos y potestades normativas de derecho público, que permite reformular, sin los inconvenientes originados por la existencia real de una norma fundamental, la *construcción en grados* de los modernos *ordenamientos* nomodinámicos teorizada por Hans Kelsen¹⁶; y en relación con su interpretación horizontal en términos de negocios y de situaciones disponibles de derecho privado, que permite en cambio explicar la dinámica de las relaciones jurídicas que se desarrollan en el *mercado* dando vida a la cadena de las *transmisiones* y de los *intercambios*. Bajo ambos aspectos la unidad del ordenamiento es reconocible por el hecho de que, sea cual sea el acto, la situación o la norma tomados como referencia se insertan en una red de actos, de situaciones y de normas que tienen en común el acto y la situación constituyente. Ante cualquier acto o situación, normativa o no, con que nos encontremos, siempre podemos, recorriendo la red, constatar su pertenencia (o su no pertenencia) al ordenamiento ascendiendo a la situación o al acto de los que el primero es actuación y la segunda es efecto. Por ejemplo, si un guardia municipal me hace una señal de no entrar en una calle, reconoceré y obedeceré tal señal como un precepto jurídico (o, al contrario, la desobedeceré con un acto ilícito que me expondrá a una sanción), porque la entiendo como ejercicio de una función que le es atribuida por un reglamento municipal, que a su vez es ejercicio de una autónoma potestad municipal, que a su vez es atribuida por una ley estatal, que a su vez es ejercicio de la función legislativa, que a su vez es instituida por la constitución, la cual es finalmente producida por el acto constituyente con el que es ejercido el poder constituyente. Y otro ejemplo: si querien-

do comprar un periódico pago su precio, es porque tengo una obligación hacia el vendedor de periódicos producida por la compraventa que he concluido con él, que a su vez es ejercicio de mi autonomía contractual, que a su vez es instituida por la ley, y así sucesivamente hasta llegar, de nuevo, a la situación constituyente. Si además estamos interesados, no ya en la secuencia vertical de la estructura jerárquica del ordenamiento sino en la horizontal de los intercambios, desde la compraventa del periódico al vendedor de periódicos nos remontaremos a la compraventa de ese mismo periódico al distribuidor, luego a la que realizó al editor, y después desde la propiedad editorial al acto del que ésta es a su vez efecto, hasta ascender, de nuevo en sentido vertical, desde la autonomía negocial, de la que cada uno de estos actos es ejercicio, a la ley y a la constitución. En suma, los ordenamientos modernos estructurados en varios niveles normativos son universos tendencialmente cerrados, en el sentido de que engloban, por su propia estructura, todo lo que para ellos es relevante, bien por los efectos producidos por los actos, bien por las situaciones de las que éstos son actuaciones.

Un discurso análogo, que será retomado en la tercera parte, requieren la *plenitud* y la *coherencia* de los ordenamientos. Si la unidad del sistema viene condicionada al hecho de que todos los actos, las situaciones y las normas de la red tengan en común el mismo acto y la misma situación constituyente, la plenitud depende de la ausencia de agujeros en la red, o sea, de la efectiva comisión de los actos normativos que obedecen las normas de nivel superior; mientras que la coherencia, por su parte, depende de la no contradictoriedad entre los significados expresados, en los distintos niveles, por las normas y por las situaciones que pertenecen al sistema.

Desgraciadamente la red, sobre todo en la secuencia vertical, puede presentar desmalladuras que pueden comprometer tanto la unidad como la coherencia y la plenitud del sistema. En el § 6.7 se ha visto que, dado un acto o una situación no constituyentes, siguiendo la secuencia ascendente siempre se encuentra al menos un acto y al menos una situación supraordenados a ellos; mientras que en el recorrido descendente no necesariamente se encuentra un acto y una situación subordinados a ellos. Las desmalladuras en la red pueden ser por consiguiente de tres tipos: la primera, que compromete la unidad del sistema, en la secuencia ascendente; la segunda y la tercera, que comprometen su plenitud y su coherencia, en la secuencia descendente.

En primer lugar, es posible que siguiendo la secuencia ascendente se encuentren más de un acto o de una situación constituyente, con posibles conflictos entre normas, y por tanto entre poderes, de incierta y a veces imposible solución jurídica; que nos encontremos, en otras palabras, en presencia de varios ordenamientos, sin que las normas de uno, pese a ser efectivas y vinculantes, puedan reconducirse, dentro de una única red, al acto y a la situación constituyente a los que puede ascenderse a partir del otro. Es el caso de la Unión Europea, que mientras no consiga una

ordenación constitucional capaz de reconducir a unidad el conjunto de las fuentes estatales y comunitarias, se caracteriza por la presencia de normas que, en contraste con los principios del estado de derecho, entran a formar parte de los ordenamientos estatales sin estar sometidas a sus constituciones¹⁷. Pero es sobre todo el caso de la selva de los poderes transnacionales, públicos y particularmente privados, que en la actualidad de la globalización desempeñan realmente un papel de gobierno sin estar sometidos a normas jurídicas, ni estatales ni internacionales. En todos estos casos la unidad del derecho entra en crisis por efecto de la progresiva obsolescencia de la soberanía de los estados nacionales que constituía su fundamento; y únicamente puede recomponerse a partir de nuevas redes unitarias de fuentes y de normas que sean capaces de subordinar al derecho los nuevos lugares y las nuevas formas del poder.

Aún más visibles y en parte inevitables, como se verá en los §§ 10.19 y 12.12, son los desgarrones de la red que se producen en sus secuencias descendentes. En la medida en que de los actos y de las situaciones subordinadas a una determinada norma no puede predicarse la existencia sino sólo la posibilidad de existencia, bien puede suceder que en el recorrido descendente la red sufra otros dos tipos de desmalladuras. En primer lugar, el acto normativo de obediencia de una norma superior puede incluso faltar: en otros términos, es posible que se presenten *lagunas*. Pero también es posible que los contenidos de tal acto sean ilegítimos, es decir, que contrasten con las normas supraordenadas a ellos: en otros términos, es posible que se produzcan *antinomias*. Así pues, plenitud y coherencia, como ya se dijo en el § 1.3, están virtualmente excluidas en el estado constitucional de derecho por la posibilidad no sólo de la válida actuación sino también de la no actuación o de la actuación no válida de las situaciones de poder normativo. Eso no impide que sean predicables en otro nivel: mediante juicios de invalidez o de incumplimiento, además de los de validez o de cumplimiento, formulables —operativamente en sede judicial o teóricamente en sede doctrinal— en relación con el nivel normativo superior a aquel en que se encuentra (o no se encuentra) en cada caso el acto de actuación cuya validez o existencia está en cuestión.

De acuerdo con este análisis se comprende cómo unidad, coherencia y plenitud no son características sino requisitos de los sistemas jurídicos. No describen su «ser» sino que enuncian su «deber ser». No son tesis descriptivas sino principios normativos. Más exactamente, unidad, plenitud y coherencia no son más que los *principia iuris tantum, iuris* pero *non in iure*, externos y no internos al derecho que, como se ha visto desde la Introducción, se identifican con la *artificial reason*, o sea, con la razón jurídica normativa en relación con el derecho mismo. Aunque sean lógicamente derivables de nuestros postulados y definiciones, dichos principios no pertenecen al derecho sino a la teoría, de la que permiten identificar la dimensión semántica, consistente en la virtual divergencia entre deber ser y ser del derecho, y la dimensión pragmática, es decir, el

papel crítico, proyectivo y normativo en relación con las consiguientes lagunas y antinomias.

8.8. *La semántica y la pragmática del derecho: las normas como reglas de la lengua, los actos como expresiones en lenguaje jurídico*

Pero lo que las redes de fuentes, de normas y de actos expresadas por las tesis T8.81-T8.84 permiten ilustrar sobre todo es la semántica y la pragmática no ya de la teoría del derecho sino del derecho mismo. Estas redes, en efecto, muestran cómo ese universo lingüístico con el que, desde el § 6.7, he identificado al derecho positivo tiene en el propio derecho sus reglas de uso y de producción, tanto formales como sustantivas.

Si entendemos por «lengua» el conjunto de las reglas de uso de las expresiones empleadas en un determinado «lenguaje», el derecho es a la vez una lengua y un lenguaje, según sea contemplado desde el punto de vista de las normas o desde el punto de vista de los actos que regula. Las normas, en efecto, de modo no muy distinto a las reglas que establecen los diccionarios para las lenguas comunes, son, explícita o implícitamente, las reglas de uso de la *lengua jurídica* en la que los actos son nombrables y operativamente interpretables. Los actos, a su vez, cuando consisten en preceptos, son comportamientos lingüísticos que hacen uso (de las reglas) de la lengua jurídica; en todos los casos, además, constituyen las referencias empíricas concretas de los significados normativos y son por eso jurídicamente calificables y nombrables mediante el uso, en el *lenguaje jurídico*, de nombres cuyas reglas de uso proporcionan las normas¹⁸. Por ejemplo, el artículo 624 del Código Penal italiano, al prefigurar el hurto como presupuesto de una pena, establece la regla de uso de «hurto» en el lenguaje jurídico, es decir, las condiciones en presencia de las cuales un operador —juez, abogado o denunciante— puede usar correctamente la palabra «hurto»; mientras que el acto de denuncia o de condena por hurto no es sino el uso de la palabra «hurto» en las condiciones establecidas por el artículo 624. Análogamente, el artículo 1813 del Código Civil, al definir la noción de «mutuo», establece la regla sobre las condiciones de uso del término «mutuo», es decir, sobre los requisitos en presencia de los cuales un hecho es inteligible como mutuo y como tal debe ser calificado y nombrado en el lenguaje jurídico, por ejemplo, en el de una resolución judicial. Por consiguiente, es de la exacta determinación de las referencias semánticas de las normas de lo que depende, de un lado, la certeza del derecho y, de otro, su idoneidad para fundar, en la práctica social, el sentido del actuar jurídico. Se trata de dos consecuencias de la naturaleza lingüística del derecho, ambas decisivas para el funcionamiento del principio de legalidad. La primera consecuencia concierne al nexo entre la *semántica* de las normas y las condiciones de la *verificabilidad* de las proposiciones jurídicas en los discursos sobre el derecho, tanto doctrinales como operativos. La segunda concierne al

nexo entre la *pragmática* de las normas y las condiciones de su *efectividad* como resultan, en la práctica jurídica, de su aceptación social.

El nexo entre legalidad y certeza, o sea, entre (grado de) determinación *semántica* de las denominaciones normativas y (grado de) verificabilidad jurídica de las proposiciones que hacen uso de ellas, depende en concreto de la relación de lengua a lenguaje que existe entre las normas y los actos que regulan. Sólo si las palabras de la lengua jurídica con las que las normas denotan lo que regulan son definidas por éstas con relativa claridad y precisión podrán ser usadas en el lenguaje jurídico con relativa certeza. Sólo si los significados normativos son suficientemente precisos para permitir, en sede de aplicación de las normas, la calificación jurídica de hechos exactamente determinados, esta calificación podrá alcanzar un grado satisfactorio de verificabilidad y falsabilidad. Por eso podemos caracterizar el principio de estricta legalidad como una regla semántica sobre las condiciones de uso de la palabra «verdadero» en el lenguaje jurídico. Es una regla metanormativa que impone a la producción de las normas la exacta connotación de las características empíricas y la consiguiente determinación del campo de denotación del tipo de objeto regulado en abstracto, a fin de que la calificación en concreto de los casos que se den pueda tener lugar mediante proposiciones cuya verdad o falsedad sean decidibles con relativa certeza¹⁹.

Tómese de nuevo el artículo 624 sobre el hurto: podemos usar la palabra «hurto» en tesis judiciales plausiblemente «verdaderas» del tipo «*f* es un hurto» si y sólo si estamos en condiciones de afirmar con relativa certeza que el hecho «*f*», en hipótesis probado, tiene las características indicadas en dicho artículo: tratarse de una «apropiación de la cosa mueble ajena» mediante su «sustracción a quien la tiene, con el fin de sacar provecho para sí o para otros». Se comprende que el grado de certeza de tal afirmación depende del grado de precisión que tengan en la lengua jurídica los significados de «apropiación», «cosa mueble ajena», «sustracción», «tener» y «fin de sacar provecho»; y que tales significados, aun siendo vagos, lo son bastante menos —y por consiguiente permiten proposiciones con un mayor grado de verificabilidad— que, por ejemplo, los de las palabras «quien maltrata a una persona de la familia» con las que viene connotado el delito de «maltratos dentro de la familia» previsto por el artículo 572 del mismo Código Penal. Si llamamos, como en los §§ 4.4 y 6.12, *interpretación doctrinal* a la interpretación del significado de las normas e *interpretación operativa* a la calificación de un objeto dado de acuerdo con aquélla, diremos que la interpretación operativa será tanto más cierta cuanto más unívoca sea la interpretación doctrinal, de la coherencia con la cual depende su corrección.

En suma, como escribió Hobbes hace ya más de tres siglos y medio, sólo «si recordamos qué se llama robo y qué injuria entenderemos por las mismas palabras si es verdadero o no que el robo es una injuria»²⁰. El carácter relativamente unívoco y riguroso de la lengua jurídica constituye el presupuesto necesario de la comunicación jurídica mediante

proposiciones cuya verdad o falsedad sean plausiblemente decidibles. Pero es al mismo tiempo la condición pragmática necesaria, aunque por sí sola insuficiente, de la efectividad de las normas. Es éste el segundo orden de consecuencias de la naturaleza lingüística del derecho para el funcionamiento del principio de legalidad: la lengua jurídica determinada por las normas funciona como derecho en la misma medida en que sus significados son socialmente comprensibles, aceptados, compartidos y practicados en el lenguaje jurídico operativo.

Este valor *pragmático* del lenguaje prescriptivo ya ha sido ilustrado en el § 4.7 a propósito de las reglas en general, que igualmente también «valen» como reglas en la medida en que sean percibidas y aceptadas como tales. Lo que distingue a las normas jurídicas de las demás reglas, a los actos jurídicos de los simples comportamientos, a los efectos jurídicos de las consecuencias sociales de la observancia o de la inobservancia de las reglas no jurídicas —brevemente, al derecho de los otros sistemas deónticos— es que los significados de las normas son artificiales: inventados, elaborados y «causados» por actos lingüísticos normativos. En otras palabras, el derecho es una lengua y un lenguaje artificial, fruto de convenciones acompañadas por el sentimiento jurídico de obligatoriedad y estipuladas a su vez, como veremos, según formas preestablecidas por reglas igualmente artificiales. Es sobre este carácter positivo sobre lo que se funda su certeza, esencial a su vez para su justificación axiológica, para su función regulativa, para su papel garantista y para su aceptación social. Necesito saber que al comprar un billete de tren tengo derecho a subir al tren; que las cosas que poseo no me serán arrebatadas por quien es más fuerte que yo; que soy libre de hacer lo que desee, salvo aquello que está expresamente prohibido, sin que nadie me lo impida y sin incurrir en sanciones.

En suma, todo el universo de signos y significados producido en virtud de nuestros cuatro postulados del positivismo jurídico —relativos, respectivamente, a los actos, a las situaciones, a las personas y a las normas— funciona como derecho gracias a que tiene esta dimensión pragmática. Dicho universo regula, orienta, garantiza —por lo general— sin que sea necesario recurrir en cada ocasión al uso de la fuerza. Obviamente la fuerza de la sanción por parte de órganos públicos es necesaria. Interviene cuando se viola el derecho, para reforzar y garantizar su función pragmática fallida en vía primaria. En tal caso, como diremos en el capítulo X, las garantías que llamaré ‘secundarias’ de la sanción de los actos ilícitos y de la anulación de los actos inválidos (y la correlativa ‘efectividad secundaria’ de las que llamaré ‘normas secundarias’) suplen el fracaso de las garantías ‘primarias’ de las prohibiciones y de las obligaciones violadas por éstos (así como la carencia de la correlativa ‘efectividad primaria’ de las que llamaré ‘normas primarias’). Pero en la mayoría de los casos signos y significados funcionan como normativos simplemente porque son socialmente compartidos. No se necesita un policía en cada esquina de la calle para que yo pueda pasear seguro sin

ser agredido; no es preciso que muestre en cada ocasión mis títulos de legitimación para actuar como ciudadano, como propietario, como padre o como profesor. Así como no siempre es precisa la fuerza para hacer respetar el orden de la fila en una ventanilla.

Esta aceptación social de los significados normativos es, pues, la condición previa de la efectividad de ese enorme aparato simbólico que es el derecho²¹. Si los derechos fundamentales no fueran socialmente compartidos sería como si no existiesen. Y lo mismo vale para cualquier otra situación, se trate de un poder, un deber o una expectativa. La efectividad de cualquier situación se basa mucho más en este consenso o aceptación de los significados jurídicos que en la fuerza. La fuerza, aparte de ser ella misma una función simbólica, sirve en la medida en que la práctica que contribuye a reafirmar no es, aunque sea contingentemente, compartida: para reforzar su valor normativo y, por lo tanto, para garantizar su efectividad. Por eso el recurso a la fuerza, aun cuando necesario, es siempre un signo del fracaso del derecho, y el grado de violencia que comporta es tanto mayor cuanto menor es la aceptación social de los significados que garantiza y refuerza. Por eso las democracias son tanto más sólidas cuanto más pacífica y universalmente compartidas son sus leyes, empezando por las constitucionales, cuanto menos necesario es el recurso a la coerción para garantizar su efectividad, cuanto menos aflictivas y más simbólicas son las penas.

Volveré más veces sobre estos fundamentos pragmáticos del derecho y de la democracia. Baste decir aquí que es en tales fundamentos donde radica, más allá de sus posibles interpretaciones metafísicas, el significado político del contractualismo como metáfora del constitucionalismo. El derecho es el producto no ya de un contrato estipulado en un imaginario pasado. Es el resultado y al mismo tiempo la actuación de la convención fundamental —implícita y cotidianamente reafirmada por su propia efectividad— sobre el significado prescriptivo de las normas jurídicas y sobre su aceptación social como lengua jurídica. Es claro que tal aparato simbólico entra en crisis en dos circunstancias: cuando la credibilidad de la convención fundamental resulta minada por las violaciones sistemáticas de las normas sobre la producción de normas por parte de los propios poderes normativos; y cuando la lengua jurídica se torna incomprensible a causa de la inflación normativa, de la oscuridad de las leyes, de su contradictoriedad, ambigüedad, vaguedad o indeterminación semántica. Es entonces, con esta disfunción del lenguaje jurídico y con la incerteza —semántica y pragmática— que inevitablemente la acompaña, cuando el derecho deja de ser socialmente compartido y la comunicación jurídica se bloquea y se interrumpe.

Estos dos factores de crisis actúan constantemente en la vida del derecho. Actualmente, en Italia como en muchos otros ordenamientos, el primero se manifiesta en el debilitamiento de los vínculos constitucionales, en el desarrollo de poderes invisibles ilegales o extralegales, en los conflictos de intereses y de poderes, en la corrupción del sistema

político, en la confusión entre esfera pública y esferas privadas, en la ineffectividad de las reglas y de los controles. El segundo se expresa en los procesos de desregulación y al mismo tiempo de inflación legislativa, así como en la multiplicación, en la sobreposición y en la confusión tanto de las fuentes como de las competencias. De ahí los múltiples desgarrones en la red de los actos y de las situaciones ilustrada en los párrafos precedentes, generados todos ellos por la disipación de las relaciones de grado sobre las que se basa la unidad del sistema.

Muchos de estos desgarrones pueden ser reparados por el propio derecho, mediante la resolución de las antinomias y de las lagunas confiada al sistema de garantías del que dispone y del que hablaré en la tercera parte. Otros, como se verá en la cuarta parte, sólo pueden ser superados con reformas estructurales de los sistemas jurídicos actuales que estén a la altura de los procesos en marcha de globalización de los poderes y de creciente crisis de la capacidad regulativa de los derechos estatales tradicionales. En todo caso, lo que es seguro es que el futuro del estado de derecho y de la democracia depende de la recomposición, difícilísima como veremos, de una trama unitaria y racional de los significados normativos del derecho en sus diversos niveles y de algún grado de claridad, unidad, coherencia y plenitud de los mismos²².

8.9. *La efectividad y la ineffectividad de las normas.* *El indeterminismo jurídico*

La efectividad y la ineffectividad de las normas pueden ser ahora identificadas con la efectividad y la ineffectividad de la dimensión pragmática de los significados normativos prescritos con ellas. Decir que una norma es efectiva (o ineffectiva) equivale a decir que es pragmáticamente efectivo (o ineffectivo) el significado normativo expresado con ella (T8.85, T8.86). Retomando la equivalencia formulada en el § 5.7 entre efectos jurídicos y razones jurídicas para la acción, entre eficacia y normatividad, diremos que una norma es efectiva si los efectos predispuestos por ella sirven para determinar los comportamientos de los sujetos como razones de su actuar (o de su no actuar)²³.

Obviamente de efectividad o ineffectividad sólo puede hablarse —lo mismo que para las reglas— en relación con las normas deónticas que disponen situaciones, y por consiguiente relaciones no de «ser», como en el caso de los estatus instituidos por normas constitutivas, sino de «poder ser». Por lo tanto, como se dijo para las reglas (T4.71-T4.74), si tales situaciones consisten en facultades, en obligaciones o en las expectativas correspondientes, las normas deónticas se dirán efectivas si y sólo si tiene lugar su actuación e ineffectivas en caso contrario (T8.87); si en cambio consisten en prohibiciones o en las correspondientes expectativas negativas, se dirán efectivas si y sólo si no tiene lugar su actuación e ineffectivas en caso contrario (T8.88). Inversamente, si tiene lugar la

actuación de una norma deóntica, ésta será efectiva si y sólo si su contenido prescriptivo es una facultad, una obligación o una expectativa positiva, y será inefectiva si y sólo si es una prohibición o una expectativa negativa (T8.89); si por el contrario no tiene lugar ninguna actuación de la norma, entonces ésta será efectiva si y sólo si tal contenido es una prohibición o una expectativa negativa, mientras que será inefectiva si y sólo si es una facultad, una obligación o una expectativa positiva (T8.90).

$$\text{T8.85 } (y)(x)((\text{ETTy} \cdot \text{NDEyx}) \equiv (\text{ETTy} \cdot \text{SIGy} \cdot \text{NDEyx})) \quad \text{D8.5, T8.1, T4.11}$$

$$\text{T8.86 } (y)(x)((\text{INEy} \cdot \text{NDEyx}) \equiv (\text{INEy} \cdot \text{SIGy} \cdot \text{NDEyx})) \quad \text{D8.5, T8.1, T4.11}$$

$$\text{T8.87 } (y)(r)((\text{NDEy} \vee (\text{NDEr} \cdot \text{SITy})) \cdot (\text{FACy} \vee \text{OBLy} \vee \text{M}(\exists x)\text{ASPyx})) \rightarrow \\ ((\text{ETTy} \equiv (\exists x)\text{ATZxy}) \cdot (\text{INEy} \equiv \neg(\exists x)\text{ATZxy})) \quad \text{D2.13}$$

$$\text{T8.88 } (y)(r)((\text{NDEy} \vee (\text{NDEr} \cdot \text{SITy})) \cdot (\text{DIVy} \vee \text{M}(\exists x)\text{ASPy}\perp x)) \rightarrow \\ ((\text{ETTy} \equiv \neg(\exists x)\text{ATZxy}) \cdot (\text{INEy} \equiv (\exists x)\text{ATZxy})) \quad \text{D2.14}$$

$$\text{T8.89 } (y)((\text{NDEy} \cdot (\exists x)\text{ATZxy}) \rightarrow (((\text{FACy} \vee \text{OBLy} \vee \text{M}(\exists x)\text{ASPyx}) \rightarrow \\ \text{ETTy}) \cdot ((\text{DIVy} \vee \text{M}(\exists x)\text{ASPy}\perp x) \rightarrow \text{INEy}))) \quad \text{T8.29, T4.73}$$

$$\text{T8.90 } (y)((\text{NDEr} \cdot \neg(\exists x)\text{ATZxy}) \rightarrow (((\text{DIVy} \vee \text{M}(\exists x)\text{ASPy}\perp x) \rightarrow \text{ETTy}) \cdot \\ ((\text{FACy} \vee \text{OBLy} \vee \text{M}(\exists x)\text{ASPyx}) \rightarrow \text{INEy}))) \quad \text{T8.29, T4.74}$$

Pero las normas deónticas, al ser reglas, tienen carácter universal. Por lo tanto, las tesis indicadas permiten sólo juicios contingentes sobre su efectividad o inefectividad, referidos caso por caso a la comisión o a la omisión de este o aquel acto que constituye su observancia o su inobservancia. Si en cambio queremos formular juicios de efectividad y de inefectividad referidos no a esta o aquella observancia concreta de las mismas sino a toda la clase de sus posibles observancias o inobservancias, entonces es necesario hacer uso de operadores y de índices temporales y numerados, análogos a los utilizados para las reglas deónticas en el § 4.8 e idóneos para señalar, con el número y los tiempos de los comportamientos observantes o inobservantes, su *grado de efectividad* y su *grado de inefectividad*.

Por consiguiente, puede demostrarse, como ya se hizo para las reglas, que una norma deóntica tiene en el tiempo t y en el espacio s una efectividad de grado n si y sólo si en tal tiempo y espacio resulta observada un número n de veces (T8.91), mientras que tiene una inefectividad de grado n si y sólo si en el mismo tiempo y espacio no resulta observada un número n de veces (T8.92). Inversamente, se dirá que si en el tiempo t y en el espacio s tiene lugar un número n de actuaciones de una norma deóntica, entonces ésta tiene en tal tiempo y espacio una efectividad de grado n si y sólo si establece facultades, obligaciones o expectativas positivas, mientras que tiene una inefectividad de grado n si y sólo si establece prohibiciones o expectativas negativas (T8.93-T8.95).

$$\text{T8.91 } (r)(\text{NDEr} \rightarrow (\text{ETT}^n r \equiv (\exists x)\text{OSSxr})) \quad \text{T8.29, D4.12}$$

$$\text{T8.92 } (r)(\text{NDEr} \rightarrow (\text{INE}^n r \equiv (\exists x)\text{IOSxr})) \quad \text{T8.29, D4.13}$$

$$\text{T8.93 } (r)(\text{NDEr} \rightarrow ((\exists x)(\text{REGr} \cdot (((\text{ESExr} \vee \text{OTTxr} \vee \text{SODxr}) \vee \\ (\exists y)((\text{ESEy} \vee \text{OTTxy} \vee \text{SODxy}) \cdot \text{REGry})))) \rightarrow \text{ETT}^n r)) \quad \text{T8.29, T4.76}$$

- T8.94 $(r)(NDEr \rightarrow ((\exists^nx)(REGr \cdot (((INOxr \vee VIOxr) \vee (\exists y)((INOxy \vee VIOxy) \cdot REGry)))) \rightarrow INE^nr))$ T8.29, T4.77
- T8.95 $(r)((NDEr \cdot (\exists^nx)ATZxr) \rightarrow ((ETT^nr \equiv (\exists^nx)(REGr \cdot ((FACrx \vee OBLrx \vee ASPrx) \vee (\exists y)((FACyx \vee OBLyx \vee ASPyx) \cdot REGry)))) \cdot (INE^nr \equiv (\exists^nx)(REGr \cdot ((DIVrx \vee ASP\perp x) \vee (\exists y)((DIVyx \vee ASPy\perp x) \cdot REGry))))))$ T8.29, T4.78

En suma, la efectividad y la ineffectividad de las normas sólo son predicables a partir de constataciones empíricas de tipo estadístico y sociológico relativas a la comisión —pero no a la omisión— de los actos que constituyen su observancia o su inobservancia. Por lo tanto, de cara a los juicios de efectividad y de ineffectividad será preciso distinguir analíticamente entre las diversas normas que concurren en la disciplina normativa de los distintos tipos de actos. Tómese, por ejemplo, una norma aparentemente simple como la del hurto. De cara a su calificación como efectiva o ineffectiva es necesario descomponerla en dos normas distintas: la norma tética que prohíbe el hurto y de la que el hurto es violación, que en el § 10.18 llamaré *norma primaria* (D10.41); y la hipotética que prevé la responsabilidad penal del autor del hurto, es decir, su sometimiento a la pena por efecto del hurto mismo, que llamaré *norma secundaria* (D10.42). De la primera norma sólo es posible predicar el grado de ineffectividad, que se identificará con el número de hurtos denunciados en el periodo de tiempo considerado, pero no el grado de efectividad, pues no tiene sentido hablar del número de hurtos omitidos. De la segunda norma, por el contrario, es posible identificar sobre todo el grado de efectividad, que coincide con el número de hurtos, entre los cometidos, para los cuales se ha pronunciado la condena y aplicado la pena, y sólo indirectamente el grado de ineffectividad, que coincide por el contrario con el número de hurtos para los cuales no se han irrogado la condena y la pena. Así pues, no sólo no puede hablarse unívocamente de ‘efectividad’ y de ‘ineffectividad’ de una norma incluso simple como la del hurto, sino que una vez que se distinguen las dos normas de las que se compone cabe decir que la efectividad de la segunda presupone la ineffectividad de la primera y se orienta a impedirla, a sancionarla y/o a repararla.

En el § 10.21, a propósito de la relación entre garantías primarias y secundarias, analizaré la efectividad y la ineffectividad de primer y de segundo grado asociadas respectivamente a estos dos tipos de normas a partir de los distintos tipos de actos que constituyen su observancia o inobservancia. Lo que interesa subrayar aquí es que la posible ineffectividad de una situación pone de relieve lo que podemos llamar el *indeterminismo jurídico*, que es el reflejo del carácter contingente de las actuaciones de las modalidades y de las expectativas deónticas ilustrado en el § 2.1: es decir, el virtual contraste entre derecho y hecho, entre deber ser y ser, que caracteriza estructuralmente todo sistema jurídico. Las secuencias de situaciones y de actos ilustradas en las tesis T6.48-T6.59 y T8.81-8.84,

que evidentemente también reflejan la estructura en grados o nomodinámica de los ordenamientos modernos, no son mecánicas y ni siquiera predecibles. Al contrario, cada situación y cada norma tienen únicamente una probabilidad más o menos elevada de ser actuadas: los derechos y las responsabilidades pueden ser tanto satisfechos como violados; las obligaciones y las prohibiciones pueden ser tanto observadas como violadas; los poderes y los derechos pueden ser tanto ejercidos como no ejercidos, y ejercidos tanto válida como inválidamente. Las antinomias y las lagunas, repito, son siempre posibles en un sistema nomodinámico, en relación con el cual coherencia y plenitud son *principia iuris tantum* y *non in iure*. Es por consiguiente claro que, dentro de ciertos límites, la ineffectividad de las normas es inevitable y por así decir fisiológica, porque se vincula a la propia estructura deóntica del derecho. Pero más allá de tales límites la ineffectividad resulta patológica y el derecho entra en crisis, desapareciendo su capacidad regulativa.

Finalmente debe subrayarse la diferencia entre *efectividad* (e *ineffectividad*) y *felicidad* (e *infelicidad*) de una norma o de un sistema de normas. «Felicidad» e «infelicidad» consisten la una en la correspondencia y la otra en la divergencia entre los efectos perseguidos por un acto normativo y los efectos conseguidos con él: entendido aquí el término «efectos» no ya en el sentido jurídico que la definición D5.1 asocia al mismo sino en sentido extrajurídico, o fáctico, o social. En relación con los efectos de este tipo, producidos (o no producidos) por la observancia (o por la inobservancia) de una regla o de un sistema de reglas, podemos en efecto distinguir entre: *a*) efectos queridos y producidos, *b*) efectos no queridos y no producidos, *c*) efectos queridos y no producidos, *d*) efectos no queridos y producidos. Un sistema de normas, como es el ordenamiento jurídico, es un sistema *feliz* si y sólo si se producen todos los efectos indicados bajo *a*) y no se produce ninguno de los efectos indicados bajo *b*). En tal caso su efectividad equivale a su felicidad. Es por el contrario *infeliz* si se realizan la condición *c*) o la condición *d*), o sea, no sólo si es ineffectivo por no producirse los efectos queridos por él, sino también si es efectivo y justamente por eso se producen efectos no queridos. Es evidente la relevancia sociológica de tal distinción a los fines de cualquier política de las reglas y en particular del derecho.

Por lo demás, de «felicidad» y de «infelicidad» únicamente puede hablarse en relación con las reglas de un sistema nomodinámico, o sea, puestas o producidas en vista de algún fin extrajurídico. No tendría sentido hablar de ello, por ejemplo, en relación con las reglas de los juegos o con las de la moral o de la costumbre. En cambio, se puede hablar de ello —como de un aspecto de la fenomenología jurídica relevante a efectos de la denominada «factibilidad» de cualquier política por medio del derecho— a propósito de todas las normas jurídicas. Ejemplos emblemáticos de normas infelices por alcanzar efectos opuestos a los perseguidos son las normas penales que incriminan el aborto o la tóxico-dependencia, que como muestran las estadísticas sólo tienen el efecto de

clandestinizar, incrementar y dramatizar los fenómenos que pretendían prevenir. Pero es también emblemática la crisis inflacionista que en casi todos los ordenamientos avanzados está afectando al derecho penal, cuyo relevante grado de ineffectividad es paradójicamente feliz dado que su total efectividad, como en su momento se verá, comportaría quizás la parálisis de la maquinaria judicial y una penalización en masa de gran parte de la población.

8.10. *El ordenamiento como sistema de normas.*

Las normas de reconocimiento de los ordenamientos

Estamos ahora en condiciones de definir la noción de ‘ordenamiento (jurídico)’ y, a través de ella, la de ‘institución (jurídica)’.

Por lo general, estos dos conceptos, además de admitir cada uno de ellos una pluralidad de caracterizaciones difícilmente compendiables en definiciones unitarias, vienen confundidos y superpuestos. De ello derivan —como sucede de manera paradigmática para el concepto de Estado, usado para designar una específica institución política como *ordenamiento* y al mismo tiempo como *persona jurídica*— imágenes polisémicas e incompatibles aun cuando estén conectadas entre sí. El objetivo que ahora me propongo es desenredar el ovillo teórico expresado por estas imágenes, simultáneamente normativas y antropomórficas, con las que se representa no sólo al Estado sino en general a todas las personas jurídicas y a todas las instituciones, tanto públicas como privadas. A tal fin distinguiré entre ‘ordenamiento’ e ‘institución’ mediante diversas definiciones idóneas para recoger, de un lado, sus características esenciales y, de otro, sus complejas relaciones de implicación y a la vez de oposición.

El ordenamiento es un sistema de normas unidas por algún elemento ordenador y unificador. En los ordenamientos nomodinámicos este elemento es la relación de grado en virtud de la cual se ordena jerárquicamente la red de normas y de fuentes representada con las tesis T8.81-T8.84. Dicha relación se encuentra en todos los ordenamientos de derecho positivo: no sólo en los evolucionados y complejos (como los estados constitucionales de derecho articulados, como se verá en el capítulo XII, en varios niveles normativos en cuyo vértice está la constitución), sino también en los más simples y primitivos, dotados igualmente de al menos una metanorma (por ejemplo, la regla *rex facit legem*) sobre la producción de las normas que pertenecen a ellos. Pero también existe una metanorma —no ya sobre la producción sino directamente sobre la pertenencia de las otras normas al ordenamiento— en los sistemas jurídicos nomoestáticos: tales son, por ejemplo, la norma *veritas, non auctoritas facit legem* o, si se prefiere, «son jurídicas todas las normas consideradas justas o razonables», o también la que establece el carácter normativo sólo de los «precedentes», que caracterizan las experiencias

jurídicas premodernas o puramente consuetudinarias, carentes en todo caso de un sistema formalizado de fuentes.

Por otra parte, se ha dicho, los ordenamientos son a menudo entendidos como sinónimos de las correspondientes instituciones políticas. Se habla así indistintamente de «ordenamiento estatal» y de «Estado», de «ordenamiento municipal» y de «Municipio», de «ordenamiento regional» y de «Región», de «Organización de las Naciones Unidas» y de ordenamiento de la ONU, e incluso de «Órganos constitucionales» (por ejemplo, el Parlamento) y de los ordenamientos correspondientes. Y lo mismo puede decirse de las instituciones privadas, como una sociedad anónima, una fundación científica o incluso una asociación no reconocida, de las que se habla para designar lo mismo su organización interna que su subjetividad externa. En suma, «Estado», «Municipio», «Región», «ONU», «Parlamento», «sociedad anónima» y otros términos similares son usados y entendidos —en contraste con la regla formulada en el § 5 de los Preliminares, según la cual un mismo término no puede hacer referencia a tipos de cosas distintos— no sólo en el sentido de «ordenamientos» normativos dentro de sus esferas de competencia, sino también en el de «sujetos» o «personas jurídicas» que se relacionan entre sí y con otros sujetos o personas, tanto naturales como artificiales. ¿Cómo es posible que un sistema de normas sea también un sujeto o una persona jurídica? Desde luego es cierto que la personalidad de las instituciones políticas es un fenómeno artificial, una ficción. Pero ¿hasta qué punto podemos llevar la ficción sin caer en una representación imaginaria y metafísica?

Se trata del problema, largamente debatido en la teoría del derecho y en la dogmática jurídica tanto privatística como iuspublicística, de la naturaleza jurídica de esas entidades artificiales que son las instituciones, públicas o privadas: configurables todas como ordenamientos normativos y al mismo tiempo como entes, sujetos o personas jurídicas. El dilema, para quien no acepte esta construcción anfibia, podría resolverse renunciando a una de las dos caracterizaciones²⁴. Pero se trataría, por desgracia, de un modo no de resolver sino sólo de eludir el problema. En efecto, ambas caracterizaciones son indispensables, pues corresponden a las dos redes, una objetiva y la otra subjetiva, analizadas en el § 7.6. La que contempla la institución estatal (regional, municipal, internacional, parlamentaria, o incluso una institución privada como es por ejemplo una sociedad mercantil) como un ordenamiento es esencial para dar cuenta de su estructura normativa interna, es decir, de la unitariedad de las normas que lo componen así como de las relaciones de coherencia o de antinomia que como veremos permiten predicar, con su pertenencia al sistema, la vigencia, la validez o la invalidez, formal y sustancial, de sus fuentes. La que contempla en cambio esas mismas instituciones como sujetos o personas jurídicas es esencial para dar cuenta de las relaciones jurídicas intersubjetivas mantenidas, internamente, entre sus distintos órganos y, hacia el exterior, con otros sujetos jurídicos —como los de

derecho público titulares sobre todo de funciones, o los de derecho privado titulares sobre todo de derechos patrimoniales y de obligaciones civiles— y, por consiguiente, para dar cuenta del grado de unidad organizativa del supraordenamiento al que pertenecen.

Para resolver este problema sin incurrir en intolerables ambigüedades sintácticas no hay en mi opinión otro camino que explicitar, en la propia definición de ‘institución’, el nexo y al mismo tiempo la oposición entre ‘sujeto jurídico’ y ‘ordenamiento’. Disponemos ya de los conceptos de ‘sujeto jurídico’ y de ‘persona artificial’. Definiré ahora ‘ordenamiento’ antes de introducir la noción de ‘institución’²⁵. A tal fin me valdré de la noción de ‘conjunto’ y de las de ‘norma institutiva’ y ‘norma deóntica’. Dependiendo de que sea nomoestático o nomodinámico, el ordenamiento en efecto se fundará en una norma institutiva que constituye (o define) sus normas o en una norma deóntica que disciplina (o identifica) sus fuentes. En ambos casos el ordenamiento es generado por una norma que llamaré ‘norma de reconocimiento’²⁶ y que definiré, simétricamente, como la norma, institutiva o deóntica según los casos, que constituye las normas o disciplina las fuentes del ordenamiento fundado por ella.

D8.12 ‘Ordenamiento’ es, o bien el conjunto de las normas instituidas por una misma norma institutiva, o bien el conjunto de las normas de grado subordinado a una misma norma deóntica.

$$(w)(ORDw \equiv (\exists y)(\exists r)(INSwy \cdot NORy \cdot ((NISr \cdot REGry) \vee (GSUyr \cdot NDEry))))$$

D8.13 ‘Norma de reconocimiento’ es, o bien la norma institutiva del conjunto de las normas que forman un ordenamiento, o bien la norma deóntica de grado supraordenado a ellas.

$$(r)(y)(NRIry \equiv (\exists w)((NISr \cdot REGry) \vee (NDEry \cdot GSOr)) \cdot INSwy \cdot NORy \cdot ORDw))$$

‘Ordenamiento’ y ‘norma de reconocimiento’ son, por lo tanto, dos nociones conexas. Puede en efecto demostrarse que el ordenamiento es el conjunto de las normas caracterizadas por una norma de reconocimiento común (T8.96). Es claro que las disyunciones expresadas por nuestras definiciones se refieren a dos modelos distintos de ordenamiento, uno nomoestático y el otro nomodinámico. Es *nomoestático* el ordenamiento cuya norma de reconocimiento es una norma *institutiva*, o sea, una definición, normalmente inexpressa y necesariamente *sustancial*, del concepto de norma jurídica (T8.97): como en los ejemplos ya puestos de ordenamientos no positivizados cuyas normas jurídicas se identifican con las morales o con las costumbres, o sea, con las normas (consideradas) «justas» o con las normas (reconocidas) «efectivas». Es en cambio *nomodinámico* el ordenamiento cuya norma de reconocimiento es una norma *deóntica* de tipo *formal* o procedimental que identifica las fuen-

tes de las normas jurídicas pertenecientes al mismo (T8.98): como todos los ordenamientos de derecho positivo, cuyas normas jurídicas son formalmente reconocibles conforme al principio de legalidad, es decir, a su producción como efectos de actos normativos disciplinados a su vez por normas pertenecientes al mismo, hasta llegar a un acto originario o constituyente.

T8.96 (w)(ORDw \equiv ($\exists y$)($\exists r$)(INSwy · NORy · NRiry)) D8.12, D8.13, T5.46

T8.97 (y)(w)(r)((INSwy · NORy · NRirw · NISr · REGry) \rightarrow ORDw) D8.12

T8.98 (y)(w)(r)((INSwy · NORy · NRirw · NDery · GSUyr) \rightarrow ORDw) D8.12

Naturalmente, en una teoría del derecho positivo lo que interesa analizar es esta segunda clase de ordenamientos, que llamaré «positivos». La estructura de los ordenamientos de este tipo, por lo demás, será más o menos compleja según la cantidad de niveles normativos que la compongan. Por ejemplo, en un ordenamiento positivo elemental la norma de reconocimiento será la ya mencionada *rex facit legem*; en el ordenamiento de un condominio será la norma según la cual sólo la asamblea de los condóminos puede establecer reglamentos condominales o conferir a otros sujetos poderes de administración. Está claro que cuanto más complejos sean los ordenamientos tanto más numerosos serán los niveles normativos y las normas pertenecientes a cada uno de ellos. En particular, en los estados constitucionales de derecho las normas de reconocimiento serán metanormas de nivel constitucional, a las que quedarán subordinadas las normas de nivel legislativo y luego todas las introducidas por las leyes o por fuentes subordinadas a las leyes.

Por otra parte, puesto que las normas son significados (T8.5), un ordenamiento, al consistir en un conjunto de normas (D8.12), no es más que un *mundo de significados* (T8.99). Si además se consideran sus fuentes, o sea, los actos por los que las normas son expresadas y producidas, un ordenamiento se configura asimismo como un *mundo de signos* (T8.100). Es, en suma, un universo lingüístico cuyas normas de reconocimiento son las reglas sobre la formación de los signos pertenecientes a él y sobre la producción de los significados expresables por éstos en el lenguaje jurídico. En concreto, si se asume que las normas designadas por r_0 , r_1 , r_2 e r^n en las tesis T8.81-T8.84 son respectivamente las normas constitucionales, las leyes, los reglamentos y las normas subordinadas a éstas, y que las fuentes designadas por x_0 , x_1 , x_2 e x^n son respectivamente el acto constituyente, los actos legislativos, los de regulación reglamentaria y los demás actos normativos subordinados a éstos, diremos que el ordenamiento italiano es el conjunto de los significados expresados por las normas mencionadas y de los signos producidos por los actos lingüísticos que, según los casos, son sus fuentes o sus actuaciones. Añado que una norma de reconocimiento es siempre efectiva o no es tal norma: comporta siempre la existencia del ordenamiento formado por el conjunto de normas reconocidas como pertenecientes a él (T8.101).

T8.99	$(w)(ORDw \rightarrow (\exists y)(INSwy \cdot SIGy))$	D8.12, T8.6
T8.100	$(w)(ORDw \rightarrow (\exists y)(\exists x)(INSwy \cdot SIGyx \cdot SEGx))$	D8.12, T8.13, T4.2
T8.101	$(r)(y)(NRIry \rightarrow (\exists w)(ORDw \cdot INSwy \cdot NORy))$	D8.13

Se concreta así algo más la tesis ya ilustrada en el § 8.7 de la naturaleza lingüística del derecho. El ordenamiento, diremos, es a un tiempo una *lengua* y un *lenguaje*: una lengua si es contemplado en sus normas; un lenguaje si es contemplado en los actos preceptivos que son las fuentes o las actuaciones de las normas. Mientras que las normas (que en el próximo capítulo llamaré «sobre la producción») son las reglas de uso de la lengua jurídica, los actos normativos (que bien podemos llamar «de producción») son los actos de lenguaje de los que las normas establecen las que identificaré como sus condiciones formales y sustanciales de validez.

8.11. *Unidad de los ordenamientos y pluralismo jurídico*

Nuestra definición de «norma de reconocimiento» presenta dos ventajas frente a la noción kelseniana de «norma fundamental». La primera consiste en su idoneidad para explicar no sólo los ordenamientos nomodinámicos sino también los nomoestáticos. La segunda, bastante más importante, es que su significado extensional incluye todas las normas de reconocimiento producidas por los que más adelante llamaré ‘actos institutivos’ (D8.16): por tanto no sólo las normas de reconocimiento de los ordenamientos originarios producidas por el que en su momento llamaré ‘acto constituyente’ (D12.3), sino también las normas de reconocimiento de los subordenamientos producidas por actos institutivos pertenecientes a su vez a los ordenamientos a los que pertenecen las normas sobre su producción; no sólo, por ejemplo, la Constitución del ordenamiento italiano, sino también los estatutos de un Municipio o de una sociedad anónima, los cuales, pese a haber sido producidos de acuerdo con normas del derecho italiano, permiten reconocer una norma, emanada por ejemplo de un consejo municipal o de un consejo de administración, como perteneciente al ordenamiento del Municipio o al de la sociedad anónima. Esto deriva del hecho de que la relación de grado que figura en la definición D8.12 es una relación relativa al conjunto de las normas de las que se compone un ordenamiento; de manera que la norma (o las normas) de reconocimiento de un ordenamiento dado —por ejemplo, el estatuto de una Región o de una sociedad mercantil—, aunque es de grado superior a todas las pertenecientes al mismo, bien puede pertenecer ella misma (o en cualquier caso estar prevista y regulada por las normas pertenecientes) a otro ordenamiento, por ejemplo el estatal, y ser por lo tanto de grado subordinado a las normas de este ordenamiento que regulan su producción. Únicamente los ordenamientos originarios, como son típicamente los estatales, están dotados, como se verá en el capítulo XII (D12.40), de normas de reconocimiento que

llamaré '*constituciones*' y que no son de grado subordinado a ninguna otra norma, pues son producidas por el acto constituyente que es a su vez de grado no subordinado a ningún otro acto.

La unidad de todo ordenamiento positivo o nomodinámico, o sea, de los ordenamientos designados por la segunda parte de nuestra definición, se basará siempre en las relaciones de grado que conectan las normas pertenecientes al mismo. De ello resulta una red de normas que, cuando entre las de grado subordinado incluya también normas sobre la producción de otros ordenamientos, es también una *red de ordenamientos* o de *subordenamientos*. En efecto, todo ordenamiento al estar identificado por la norma de reconocimiento que directamente (como norma sobre la producción) o indirectamente (como norma sobre la producción de las normas sobre la producción de otros ordenamientos) reúne todas las normas que pertenecen a él, incluirá los ordenamientos subordinados a su vez a estas normas y estará incluido en los ordenamientos cuyas normas están supraordenadas a ellas. Asumamos, por ejemplo, que las normas designadas en las tesis T8.81-T8.84 por r_0 , por r_1 , por r_2 y por r^n sean, respectivamente, las normas de la Constitución, la ley municipal y provincial, los reglamentos de tráfico vial y las normas subordinadas a ellos. De acuerdo con nuestras definiciones podremos identificar varios ordenamientos diferentes, aunque incluidos unos en otros por las relaciones de grado que mantienen entre sí sus respectivas normas de reconocimiento: *a*) el ordenamiento estatal italiano, formado por las normas $r_1...r^n$, o sea, por la Constitución, las leyes y todas las demás normas subordinadas a las leyes; *b*) el ordenamiento municipal, formado por las normas $r_2...r^n$, o sea, por la ley municipal y provincial, por los estatutos y los reglamentos municipales y por todas las normas subordinadas a éstos; y *c*) el ordenamiento de tráfico vial de un determinado municipio, constituido por las normas r_3 sobre la potestad municipal de regulación de la circulación vial y por las normas r^n , como, por ejemplo, las señales de circulación colocadas de acuerdo con aquéllas. En suma, como se ha dicho en el § 8.7, a partir de cualquier norma, incluso si se trata de la norma de reconocimiento de un subordenamiento dado, se puede ascender, siempre que haya sido producida por actos regulados a su vez por normas, hasta el vértice del ordenamiento más vasto al que estas normas pertenecen: a partir de una prohibición de estacionamiento, por ejemplo, a través del reglamento municipal que confiere la potestad de colocarla, al estatuto municipal, y luego a la ley sobre las competencias de los municipios, hasta la constitución. El propio ordenamiento estatal, en la medida en que se subordine a las normas de derecho internacional —como sucede, por ejemplo, con el italiano en virtud del artículo 10 de su Constitución— puede configurarse a su vez como un subordenamiento, por más que sea originario, respecto al internacional.

Por eso bajo este aspecto no tiene mucho sentido la distinción instituida a menudo entre «monismo» y «pluralismo jurídico» como modelos teóricos contrapuestos²⁷. 'Ordenamiento' es cualquier conjunto de nor-

mas unificadas por una misma norma de reconocimiento y conectadas entre sí por una relación de grado. Y eso no excluye en absoluto que existan varios ordenamientos dentro de un mismo ordenamiento. De hecho toda persona jurídica tiene un ordenamiento. Son ordenamientos los de las Regiones italianas, que sin embargo forman parte del ordenamiento de la República italiana; es un ordenamiento el de una sociedad anónima, que sin embargo forma parte del ordenamiento vigente en el territorio en el que tiene la sede. También puede suceder que varios ordenamientos originarios, dotados de normas de reconocimiento producidas por distintos actos constituyentes, se unifiquen en un supraordenamiento, por ejemplo de tipo federal o confederal (piénsese en la Unión Europea), a partir de una nueva norma de reconocimiento del conjunto que unifique órganos normativos y normas sobre la producción. Así como puede suceder que dos ordenamientos sean incompatibles, en el sentido de que las reglas de uno (por ejemplo, las de una organización mafiosa) constituyan violaciones de las normas del otro, de manera que el primero será calificable como ilícito de acuerdo con el segundo sin que esto resquebraje la unidad del sistema. En todos estos casos monismo y pluralismo no expresan modelos teóricos contrapuestos: la pluralidad de los ordenamientos, en efecto, no excluye en absoluto —y obviamente tampoco implica— su (posible) unidad.

El verdadero problema, que afrontaré en el § 12.19 y luego en el capítulo XVI, es el del pluralismo de ordenamientos no integrados unos en otros por relaciones de grado claramente determinadas sino sólo conectados por compartir órganos, fuentes o normas sobre la producción, y por lo tanto por grados más o menos elevados de federalismo. Cuando además no tengan en común ninguna fuente ni norma sobre la producción, tengan cada uno como norma de reconocimiento una norma producida por un acto constituyente distinto y no pertenezcan a ningún conjunto de ordenamientos —como, por ejemplo, dos ordenamientos estatales antes de la institución de la ONU— serán soberanos e independientes entre sí. Es claro que en estos casos, al faltar una común situación constituyente, más allá de las relaciones pacticias entre los correspondientes sujetos internacionales no podrá hablarse de unidad de su conjunto. Análogamente, como se ha dicho al final del § 8.7, tampoco podrá hablarse de «unidad» en relación con los poderes desregulados de nivel transnacional, sean públicos o privados, que escapan a cualquier red de relaciones de grado y, por lo tanto, de límites, vínculos y controles jurídicos. Pero también es claro, como se verá en la cuarta parte, que este tipo de pluralismo, donde las relaciones entre ordenamientos estén completamente desreguladas, no constituye un *modelo* teórico sino más bien —por el estado de anomia y virtualmente de guerra que deriva de ello— un *problema* teórico y político, cuya falta de solución representa una constante amenaza al papel del derecho y de la razón jurídica.

8.12. *La razón social como estatus de la persona jurídica*

Retomemos, pues, el análisis del dilema al que se ha hecho referencia en el § 8.10. Cuando hablamos de una institución —como el Estado, las Regiones, los Municipios, las sociedades mercantiles y en general cualquier ente, sea público o privado— podemos referirnos a ella, como se ha hecho en los dos párrafos precedentes, como un *ordenamiento*, o sea, como un conjunto articulado de fuentes y de normas y por consiguiente de signos y de significados; pero también podemos referirnos, se ha añadido, a algo completamente distinto, o sea, a la propia entidad contemplada como *sujeto* o *persona jurídica*, en el sentido ilustrado en el capítulo VII. El Estado, por ejemplo, además de ser un ordenamiento, es también indudablemente una persona jurídica, titular en *su* propio ordenamiento de derechos patrimoniales, deberes y funciones públicas y, en el ordenamiento internacional, de potestades y deberes de carácter internacional. Lo mismo cabe decir de los demás entes y órganos, tanto públicos como privados, todos los cuales pueden ser contemplados como ordenamientos o como sujetos. Por ejemplo, una sociedad anónima puede ser contemplada como el ordenamiento determinado por su estatuto y por el resto de las normas subordinadas a él que disciplinan su actividad y su organización interna; pero también puede ser tomada en consideración como persona jurídica, a la que cabe imputar actos y situaciones en relación con otros sujetos.

Antes de afrontar el problema generado por esta ambivalencia sometamos a análisis la naturaleza específica de la personalidad de las personas artificiales y, más en general, de la subjetividad de los sujetos jurídicos artificiales. ¿En qué consiste el *status personae* o personalidad, o si se quiere la *identidad jurídica* de una persona o de un sujeto instituido por el derecho, y cuáles son sus rasgos específicos respecto a la ‘personalidad’ y a la ‘subjetividad’ en general definida en el capítulo precedente? Una buena respuesta a esta pregunta es la ofrecida por el artículo 16 del Código Civil italiano, el cual identifica el «estatuto» —que como se verá en el § 10.9 refleja perfectamente la ambivalencia propia de toda institución— no sólo con las «normas sobre el ordenamiento y sobre la administración», o sea, con las que he considerado como sus normas de reconocimiento, sino también con «la denominación del ente, la indicación del fin, del patrimonio y de la sede». Es precisamente en el *fin*, o sea, en los intereses y en las expectativas para cuya satisfacción ha sido instituida, en lo que a mi juicio consiste el estatus jurídico de la institución contemplada como ‘persona’, que como tal está dotada de una denominación, de un patrimonio y de una sede. Así pues, si la norma de reconocimiento permite identificar la institución como *ordenamiento*, el fin para el que ha sido instituida permite identificar su estatus de *persona*. Designaré tal estatus con el término, extraído de los artículos 2292, 2314 y 2567 del mismo Código Civil, ‘razón social’, identificándolo por lo tanto con el fin a cuya satisfacción se orienta la institución²⁸.

D8.14 'Razón social' es el estatus de un sujeto jurídico artificial consistente en la obligación que se le imputa de actuar las expectativas y los intereses de las personas naturales en cuyo interés ha sido instituido.

(r)(y)(RASry $\equiv (\exists w)(\exists x)(\exists z)(STGrw \cdot SGGw \cdot CAUx'w \cdot IMPrw \cdot M(\exists x'')(OBLrx'' \cdot ATTx'' \cdot SODx''r \cdot ASPyx'' \cdot INTyx'') \cdot SGGzy \cdot PNAz \cdot INTyx'')$)

Así pues, la razón social se identifica conjuntamente a) con el estatus de un sujeto jurídico artificial (T8.102), que cuando se trata de una persona jurídica se identifica con su *status personae* o personalidad (T8.103), y b) con la obligación correspondiente a las (y por eso con la garantía de las) expectativas que dicho sujeto debe satisfacer y que corresponden a los intereses, o sea, a los fines, para los que se ha creado (T8.104).

T8.102 (r)(y)(RASry $\rightarrow (\exists w)(\exists x)(STGrw \cdot SGGw \cdot CAUxw)$) D8.14

T8.103 (r)(w)((RASrw $\cdot STGrw \cdot PARw$) $\rightarrow PTArw$) T7.7, T7.15

T8.104 (r)(y)(RASry $\rightarrow (\exists w)(\exists x')(\exists z) (GARry \cdot IMPrw \cdot SGGw \cdot CAUx'w \cdot M(\exists x)(OBLrx'' \cdot SODx''y \cdot ASPyx'' \cdot INTyx'') \cdot SGGzy \cdot PNAz \cdot INTyx'')$) D8.14, D3.5

Se trata por lo tanto de un concepto a su vez polivalente. En cuanto estatus jurídico expresa la identidad de una persona o en todo caso de un sujeto jurídico artificial. En cuanto conjunto de obligaciones expresa su *artificial reason*, según la conocida expresión de Thomas Hobbes²⁹. Más exactamente, en cuanto garantía del «interés» o del «fin», dicho concepto expresa el punto de vista externo al sujeto o persona artificial; en cuanto garantía de las «expectativas» que ésta debe satisfacer, expresa el punto de vista interno a su ordenamiento. Fines de la persona artificial y expectativas que ésta debe garantizar son, por consiguiente, la misma cosa contemplada desde puntos de vista distintos. La finalidad de lucro, por ejemplo, es la identidad externa de una sociedad mercantil y al mismo tiempo el fin que justifica su institución; pero una vez que la sociedad haya sido constituida dicha finalidad es también, dentro de su ordenamiento, una expectativa de los socios que la sociedad está obligada a garantizar a través de sus representantes. Lo mismo cabe decir de la razón social de esa particular persona artificial que es el Estado: identificable, como veremos en los capítulos XII y XV, con la tutela y con la satisfacción de los derechos fundamentales sancionados en su estatuto o constitución. Los intereses o las necesidades en las que éstos consisten son el fin, la justificación o la identidad externa del Estado, al menos en su paradigma democrático y constitucional; pero son también las expectativas de las personas de carne y hueso que la constitución les reconoce como derechos y que los órganos del Estado están obligados a tutelar y a satisfacer. Contemplados *desde fuera*, es decir, como fines o intereses (de los sujetos constituyentes) para los que la persona es instituida, son la base de su legitimación política o social, o bien metajurídica o exter-

na. Contemplados *desde dentro*, es decir, como expectativas reconocidas como derechos, son la base de su legitimación jurídica o interna³⁰.

Disponemos así de dos conceptos simétricos: la ‘norma de reconocimiento’, que permite identificar la institución correspondiente como ‘ordenamiento’, y la ‘razón social’, que permite identificarla como ‘persona artificial’. Es esta singular relación entre estos dos órdenes de conceptos, distintos y a la vez vinculados como las caras de una misma moneda, lo que debemos analizar y formalizar ahora. Y es lo que haré definiendo la noción de ‘institución’ y explicitando dentro de su estructura las dos imágenes, no sólo distintas sino alternativas, ofrecidas por ellos.

8.13. *Dos representaciones alternativas de las instituciones.*

Instituciones como ordenamientos o instituciones como personas

Estas dos distintas imágenes de las instituciones son, como he indicado en el § 8.10, incompatibles entre sí y sin embargo conexas. Es absurdo, aparte de sintácticamente inadmisibles, afirmar que un conjunto de normas y de fuentes, de significados y de signos, o sea, una lengua y un lenguaje, son sujetos jurídicos; o que, a la inversa, un sujeto jurídico es un conjunto de normas y de fuentes normativas. Por otra parte es también indudable que determinadas entidades, como son precisamente el Estado, los demás entes públicos y las sociedades mercantiles, además de corresponder a los respectivos ordenamientos, requieren la personalidad jurídica, es decir, un estatus subjetivo que permita configurarlas como sujetos de actos o de situaciones, tanto públicos como privados. Y lo mismo puede decirse de todos los sujetos jurídicos artificiales aun cuando carezcan de personalidad jurídica, como los órganos constitucionales, las sociedades simples y las asociaciones no reconocidas. Volvemos por lo tanto a nuestro dilema. Las instituciones ¿son sujetos u ordenamientos? ¿Cómo puede superarse esa metafísica organicista y antropomórfica que se expresa en la absurda personificación de los ordenamientos y que ha venido sedimentándose en el imaginario de los juristas, a partir de la sin embargo necesaria configuración como «entes», «sujetos» o «personas jurídicas» de las instituciones correspondientes a aquéllos?

El único modo de superar esta paradoja es explicitar en la definición del concepto de ‘institución’ su ambivalencia semántica. En efecto, el análisis de tal concepto nos revela que cuando hablamos de una institución como de un ordenamiento y cuando hablamos de ella como de un sujeto nos referimos en realidad a dos aspectos de la misma distintos y alternativos entre sí; en el sentido de que cuando hablamos de la institución como de un ordenamiento *no* hablamos ni podemos hablar de ella como de un sujeto, y cuando hablamos de la institución como de un sujeto *no* hablamos ni podemos hablar de ella como de un ordenamiento. Podemos explicitar esta alternativa definiendo precisamente con ella el concepto de ‘*institución*’: es decir, caracterizando la institución como

una entidad que puede ser contemplada, o bien como un ordenamiento, o bien como un sujeto artificial, y que en todo caso es producida por un acto que es simultáneamente fuente de la norma de reconocimiento del primero y causa de la razón social del segundo. Llamaré finalmente '*acto institutivo*' al acto cuyo efecto es una institución³¹.

D8.15 '*Institución*' es, o bien el ordenamiento, o bien el sujeto jurídico creados por un acto conjuntamente con la norma de reconocimiento del primero y con la razón social del segundo.

$$(w)(ISZw \equiv (\exists r')(\exists r'')(\exists x)((ORDw \cdot NRIr'w) \vee (SGGw \cdot RASr''w)) \cdot EFFwx \cdot ATTx \cdot CAUxr' \cdot NRIr'w \cdot CAUxr'' \cdot RASr''w))$$

D8.16 '*Acto institutivo*' es el acto cuyo efecto es la institución que crea.

$$(x)(w)(AISxw \equiv (ATTx \cdot EFFwx \cdot ISZw))$$

Aun en su extrema simplicidad, estas dos definiciones identifican dos rasgos de 'institución'. El primero, banal, es la naturaleza artificial de cualquier institución jurídica en cuanto efecto de un acto (T8.105), y concretamente de un acto institutivo (T8.106). Normalmente se tratará de un acto comprendido entre aquellos que en el próximo capítulo llamaré 'formales' (D9.2), y concretamente 'constitutivos' (D9.10), disciplinados a su vez por normas formales sobre su producción. Pero también podrá tratarse de un acto no formal, como en el caso del acto constituyente, que, como se ha visto y se verá mejor en su momento, no está disciplinado por ninguna norma jurídica (T5.56-T5.58, T12.39-T12.45). En todos los casos, entre institución y acto institutivo existe una relación biunívoca: la institución es el efecto de un acto institutivo (T8.106) y el acto institutivo es la causa de una institución (T8.107), ya se contemple ésta como ordenamiento o como persona jurídica artificial (T8.108).

$$T8.105 \quad (w)(ISZw \rightarrow (\exists x)(EFFwx \cdot ATTx)) \quad D8.15$$

$$T8.106 \quad (w)(ISZw \equiv (\exists x)(EFFwx \cdot AISxw)) \quad T8.105, D8.16$$

$$T8.107 \quad (x)(w)(AISxw \equiv (CAUxw \cdot ISZw)) \quad D8.16, D5.1, T5.30$$

$$T8.108 \quad (x)(w)(AISxw \equiv (CAUxw \cdot ISZw \cdot (ORDw \vee SGGw))) \quad T8.107, D8.15$$

El segundo rasgo, bastante más complejo e interesante, es precisamente la alternativa entre la naturaleza de ordenamiento y la de sujeto jurídico asociables en cada caso a una institución. Es cierto que toda institución tiene una norma de reconocimiento, que unifica el conjunto de las normas que componen el ordenamiento de la misma, y una razón social, que identifica su estatus de sujeto o de persona jurídica (T8.109, T8.110). Pero no es cierta la tesis de que toda institución es simultáneamente un ordenamiento y un sujeto jurídico. Una institución, por el contrario, o es considerada como sujeto, o es considerada como or-

denamamiento (T8.111): como sujeto, cuando no sea considerada como ordenamiento (T8.112, T8.113); como ordenamiento, cuando no sea considerada como un sujeto o una persona jurídica (T8.114, T8.115).

T8.109 (w)(ISZw \rightarrow (($\exists r'$)NRIr'w \cdot ($\exists r''$)RASr''w))	D8.15
T8.110 (w)(ISZw \rightarrow ($\exists r'$)($\exists r''$)((ORDw \cdot NRIr'w) \vee (SGGw \cdot RASr''w)))	D8.15
T8.111 (w)(ISZw \rightarrow (ORDw \vee SGGw))	D8.15
T8.112 (w)(ISZw \rightarrow (\neg ORDw \rightarrow SGGw))	T8.111
T8.113 (w)((ISZw \cdot \neg ORDw) \rightarrow SGGw)	T8.112
T8.114 (w)(ISZw \rightarrow (\neg SGGw \rightarrow ORDw))	T8.111
T8.115 (w)((ISZw \cdot \neg SGGw) \rightarrow ORDw)	T8.114

Aunque parezcan paradójicas, estas tesis expresan perfectamente la naturaleza de las instituciones, que son construcciones que nunca se presentan simultáneamente como ordenamientos y como sujetos sino sólo como una de las dos cosas³². Si alquilo un apartamento al Municipio de Roma que es su propietario, mi relación de obligación no es con el ordenamiento municipal sino con el Municipio de Roma considerado como ente o persona jurídica. Cuando el Estado me expropia un terreno por utilidad pública, son uno o más órganos del Estado como persona, y no desde luego el ordenamiento estatal, los que disponen y llevan a cabo la expropiación; del mismo modo que es el Tribunal de Roma como órgano judicial y no el ordenamiento italiano en su conjunto el que en una cierta causa admite o rechaza una demanda mía, o me absuelve o me condena por un determinado delito. Inversamente, cuando digo que una determinada norma pertenece al ordenamiento italiano, o que tal decisión es inválida en el mismo o, peor aún, que no está vigente, o que tal comportamiento es calificable en él como ilícito, o que los delitos cometidos en Italia están sometidos a la jurisdicción italiana, no tiene ningún sentido, si no queremos caer en un embrollo metafísico, referir tales tesis a la persona jurídica denominada «Estado italiano»: diremos simplemente que el tal acto es válido, o inválido, o ilícito, o que se puede juzgar en el ordenamiento italiano. ‘Ordenamiento’ y ‘persona jurídica’, pese a referirse al mismo objeto, son en definitiva figuras alternativas entre sí: el uno es un sistema ordenado de normas, la otra es un aparato organizativo que se manifiesta como sujeto. Y pertenecen, como tales, a las dos redes ya distinguidas en el § 7.6: el primero a la red objetiva o normativa de las relaciones de grado entre actos, situaciones y normas (T6.48-T6.51, T8.81-T8.84); la segunda a la red intersubjetiva u organizativa de las relaciones jurídicas entre sujetos (T7.59-T7.63)³³. Sólo así puede configurarse conceptualmente la sujeción a (su) derecho, o sea, a su ordenamiento, de las personas jurídicas, empezando por el Estado, y de ahí la propia configuración del estado de derecho como sujeción a su ordenamiento de todos sus órganos, incluidos los supremos órganos normativos. Por ejemplo, sólo si distinguimos alternativamente el Estado italiano como ‘persona’, articulada en sus órganos parlamentarios

y gubernativos, del Estado italiano como ordenamiento constitucional, podremos enunciar cabalmente el sometimiento del primero al segundo. Análogamente, sólo si hacemos la misma distinción alternativa entre la Organización de las Naciones Unidas como sujeto y la Organización de las Naciones Unidas como ordenamiento podremos evitar, por ejemplo, la falaz legitimación de la guerra varias veces realizada, como se verá en el § 16.5, a partir de la «autorización de la ONU» identificada, en el lenguaje común, con el Consejo de Seguridad, como si éste fuese un soberano absoluto desvinculado del derecho en lugar del órgano de gobierno del ordenamiento de las Naciones Unidas sometido a su carta estatutaria.

Por lo demás, esta ambivalencia afecta a todas las instituciones, tanto públicas como privadas. Tomemos una empresa mercantil. También ésta puede aparecer como persona, ya se trate de la persona física de un empresario individual o de la persona jurídica de una sociedad anónima, por ejemplo. Pero cuando alcance una cierta dimensión y complejidad también puede aparecer como ordenamiento, es decir, como un sistema de normas producido por la autonomía de los particulares. Las normas que dentro de una empresa regulan los turnos de trabajo, las competencias de los distintos cargos y funcionarios, o sus relaciones jerárquicas, son normas de la empresa como ordenamiento y no desde luego como persona; mientras que los derechos y deberes de los que la empresa es titular en sus relaciones con otros sujetos corresponden a ella como sujeto o persona jurídica, y no desde luego como ordenamiento. En suma, nunca se dirá que una determinada persona jurídica o artificial *es* un ordenamiento, sino sólo que *tiene* un ordenamiento³⁴.

Se resuelve así la *vexata quaestio* de la naturaleza de los sistemas jurídicos, expresada por la indebida contraposición entre teorías normativas y teorías institucionales del derecho. Ordenamientos y personas jurídicas constituyen representaciones de las instituciones no ya contrapuestas sino alternativas, ligadas a la estructural ambivalencia de las mismas, que no puede ser ignorada sin caer en falacias antropomórficas. Si como *ordenamiento* una institución es el conjunto de normas identificado por su *norma de reconocimiento* (T8.96), como *sujeto jurídico* es un sujeto o una persona artificial cuyo estatus viene identificado por su *razón social* (T8.102 y T8.103). Pero una institución nunca se presenta, simultáneamente, como sujeto y como ordenamiento. Norma de reconocimiento (del ordenamiento) y razón social (del sujeto o de la persona jurídica) constituyen en efecto los dos elementos en los que, al presentarse alternativamente, se manifiesta la ambivalencia de toda institución.

Analizaré más adelante esta ambivalencia en el capítulo X, cuando defina el 'estatuto' de una institución (D10.17) identificando sus normas de reconocimiento con las normas de competencia que disciplinan su funcionamiento, y la razón social con la garantía de las expectativas y de los intereses para cuya satisfacción ha sido instituida³⁵. Estos dos elementos, como mostraré, corresponden a las dos dimensiones —una

formal y otra sustancial— de toda institución, reguladas respectivamente por las que llamaré ‘normas formales’ y ‘normas sustantivas’ sobre la producción de los actos y de las normas pertenecientes a la misma. Y serán sobre todo analizados —en el capítulo XII y después, mucho más difusamente, en la cuarta parte— en esa específica institución que es la democracia constitucional, como fundamentos el uno de la que llamaré ‘democracia formal’ y el otro de la que llamaré ‘democracia sustancial’.

8.14. *Derecho y fuerza. Paz y derecho*

En los §§ 8.8 y 8.9 se ha dicho que la efectividad de un ordenamiento se basa principalmente en la dimensión pragmática del universo lingüístico compuesto por los actos, las situaciones y las normas pertenecientes al mismo. Un sistema normativo, se ha añadido, funciona como derecho —por lo general— sin que sea necesario recurrir cada vez al uso de la fuerza, en cuanto está fundado, en vía primaria, sobre el *con-senso*, en el doble sentido de adhesión espontánea y de *sentido común compartido* por todos o al menos por la mayor parte de sus actores acerca de las normas que pertenecen a él.

Pero el uso de una cierta fuerza es sin embargo necesario, en vía secundaria, siempre que el sistema no funcione espontáneamente en vía primaria. Por consiguiente, lo que debemos afrontar ahora, al final de este capítulo, es el problema del uso de la fuerza³⁶. Sobre la autorización del uso legítimo de la fuerza se funda, en efecto, la que en el § 10.21 llamaré ‘efectividad secundaria’ (D10.51). Y, sobre todo, sobre su rígida regulación jurídica y sobre la minimización de sus formas y de sus presupuestos se funda el rasgo característico del estado de derecho.

‘Fuerza’, como se recordará, es un término primitivo, introducido por el último de nuestros postulados:

P16 *El empleo de la fuerza está permitido sólo si está disciplinado por reglas producidas por una causa.*

$$(x'')(FZA_x'' \rightarrow (PER_x'' \rightarrow (\exists r)(\exists y)(\exists x')(REG_{rx}'' \cdot REG_{ry} \cdot MOD_{yx}'' \cdot CAU_{x'r})))$$

Así pues, por ‘fuerza’ se entiende, elípticamente, el comportamiento que hace uso de la fuerza, concebida ésta en el sentido más amplio, inclusivo de cualquier forma de constricción o coerción. El empleo legítimo de la fuerza, afirma nuestro postulado, está siempre sometido a reglas (T8.116), y específicamente a normas hipotético-deónticas (T8.117-T8.119) que lo prevén como obligatorio o como facultativo (T8.120, T8.121). De donde se deriva que el uso de la fuerza no disciplinado por reglas, y en concreto por normas hipotético-deónticas, está prohibido (T8.122, T8.123).

- T8.116 $(x)((FZA_x \cdot PER_x) \rightarrow (\exists r)REG_r)$ P16
 T8.117 $(x)((FZA_x \cdot PER_x) \rightarrow (\exists r)(NOR_r \cdot REG_r))$ P16, D8.1, T5.30, D5.1
 T8.118 $(x)((FZA_x \cdot PER_x) \rightarrow (\exists r)(NIP_r \cdot NDER_x \cdot REG_r))$ P16, D8.1, T5.30, D5.1, T8.43
 T8.119 $(x)(FZA_x \rightarrow (PER_x \rightarrow (\exists r)(NIP_r \cdot NDER_x \cdot REG_r)))$ T8.118
 T8.120 $(x)((FZA_x \cdot PER_x) \rightarrow (\exists r)(NIP_r \cdot NDER_x \cdot (OBB_x \vee FCO_x)))$ T8.118, T1.39
 T8.121 $(x)(FZA_x \rightarrow (PER_x \rightarrow (\exists r)(NIP_r \cdot NDER_x \cdot REG_r \cdot REG_r \cdot (OBL_y \vee FAC_y))))$ P16, D8.1, T5.30, D5.1, T8.43, T1.39, D2.4, D2.3
 T8.122 $(x)((FZA_x \cdot \neg(\exists r)REG_r) \rightarrow VIE_x)$ T8.116, T1.10
 T8.123 $(x)((FZA_x \cdot \neg(\exists r)(NIP_r \cdot NDER_x)) \rightarrow VIE_x)$ T8.118, T1.10

Hemos introducido así un principio fundamental —el último pero desde luego no el menos importante de nuestros primeros principios— que podemos articular en dos tesis basilares. Contemplado en positivo, dicho principio expresa ese rasgo característico del derecho moderno que es el *monopolio jurídico de la fuerza*: el empleo de la fuerza sólo es lícito si está previsto por normas hipotético-deónticas (T8.118-T8.119). Con esta tesis se pretende afirmar que el uso de la fuerza no sólo está sujeto al principio de legalidad, como cualquier otro acto, sino que sólo es legítimo si está normativamente previsto en vía *hipotética*, es decir, bajo la condición de que se verifiquen los presupuestos previstos por las normas hipotético-deónticas que lo disciplinan. Éste es un principio —*iuris et in iure*— del estado de derecho tan obvio como desatendido. De acuerdo con él, el uso legítimo de la fuerza nunca constituye el objeto de normas téticas. No es concebible, en efecto, que haya sujetos que en términos generales tengan la obligación o la facultad de hacer uso de la fuerza en cualquier caso. La legitimidad del uso de la fuerza siempre está condicionada por las normas que lo prevén a que se verifiquen eventos como los actos ilícitos como presupuestos de la sanción o la agresión ilegítima como presupuesto de la legítima defensa. Lo que en resumidas cuentas es otro modo de formular el principio de legalidad.

Son dos las razones por las que he hablado de *monopolio jurídico* y no de «monopolio estatal» del uso de la fuerza, según la fórmula weberiana³⁷. En primer lugar, para incluir en él una posible forma supranacional del mismo, como viene prefigurada por la Carta de la ONU y como en todo caso es exigida por cualquier perspectiva de un orden internacional capaz de desterrar la guerra. En segundo lugar, para dar cuenta no sólo de los casos en los que es obligatorio el uso de la fuerza por parte del Estado, sino también de aquellos en los que el derecho permite tal uso a los particulares o a los propios Estados en las relaciones que mantienen entre sí como sujetos del ordenamiento internacional (T8.120 y T8.121). Como se verá en el capítulo X, es obligatorio el empleo estatal o más bien público de la fuerza, que tiene lugar en todas las sanciones: ya consistan en privaciones de derechos, como por ejemplo las penas, o en prestaciones coercitivas, como por ejemplo las sanciones civiles del resarcimiento del daño o de la ejecución forzosa; y ya sean irrogadas

por jurisdicciones estatales o lo sean, por el contrario, por jurisdicciones supraestatales. En todos estos casos la obligación de usar la fuerza no es más que la garantía, que en el § 10.16 llamaré ‘secundaria’ (D10.40) al igual que la efectividad asegurada por ella (D10.51), de esa específica expectativa de la (o sumisión a la) sanción que es la ‘responsabilidad’ por actos ilícitos, o sea, por violación de las normas y garantías que llamaré ‘primarias’ (D10.39). Pero también existen empleos de la fuerza meramente lícitos o facultativos. Es el caso del uso privado de la fuerza, como es precisamente la legítima defensa, que no es un acto sino un mero comportamiento y que en nuestros ordenamientos sin embargo está jurídicamente permitido por específicas normas deónticas siempre que consista —por lo demás de modo no distinto a la sanción— en una reacción necesaria y proporcionada a la violación de un derecho³⁸. Incluso puede afirmarse, como principio general, que en el modelo normativo del estado de derecho no existen empleos públicos de la fuerza que no consistan en actos obligatorios sino en comportamientos meramente facultativos; ni existen, a la inversa, empleos privados de la fuerza que no consistan en meros comportamientos facultativos sino en actos obligatorios. En suma, en la lógica del estado de derecho el uso legítimo de la fuerza pública es en principio obligatorio como medida sancionatoria, mientras que el uso legítimo de la fuerza privada es sólo facultativo como legítima defensa.

Pero nuestro postulado también puede ser contemplado en negativo. En este segundo sentido, aún más relevante, afirma que si el uso de la fuerza no es disciplinado por normas jurídicas está prohibido (T8.122, T8.123). Y significa, por consiguiente, que el derecho es la negación de la fuerza desregulada y que la fuerza desregulada es la negación del derecho. Bien podemos llamar a este principio «*principio de la paz*». En efecto, la ‘paz’, como precisaré en el § 12.9 con la definición D12.20, puede definirse como la expectativa del no uso desregulado de la fuerza, o bien de su único uso que es el regulado por normas hipotético-deónticas como reacción, taxativamente prevista y limitada, a un acto ilícito. En este sentido la paz es la negación del *bellum omnium* evocado por Hobbes como propio del estado de naturaleza o, en cualquier caso, del estado de no-derecho: del *bellum omnium* interno, que se expresa en la violencia individual propia de las sociedades prejurídicas; y del *bellum omnium* externo, que se expresa en la guerra propia de esa versión del estado de naturaleza representada —en contraste con el constitucionalismo internacional de nuestros días, totalmente carente de garantías— por la sociedad todavía salvaje de los Estados soberanos. En ambos casos la prohibición de la guerra se configura como el principio constitutivo —la norma fundamental, por así decir— del derecho positivo, sea interno o internacional, como ordenamiento jurídico.

Existe por eso una correlación biunívoca entre derecho y paz que será analizada mejor en los §§ 12.9 y 16.4. El derecho es la negación de la guerra y por eso implica la paz, que a su vez sólo se realiza a través

del derecho. En efecto, la paz no es asegurada sólo por el no uso desregulado de la fuerza sino también por ese uso regulado que es la sanción, prevista precisamente *ne cives ad arma veniant* bajo forma de lo que he denominado «derecho penal mínimo». Se trata de una correlación tan esencial como banal, afirmada ya por Hobbes en los orígenes de la cultura jurídica moderna. Como veremos en el capítulo XII, cuando ilustre el paradigma de la «democracia constitucional», es precisamente en el principio de la paz en lo que se funda el moderno contrato social de convivencia sancionado en las constituciones democráticas. Aun siendo obvio, desgraciadamente este principio es todavía ignorado y muchas veces violado, tanto en la vida interna de las naciones como en las relaciones internacionales. Su violación, podemos decir ahora, indica el colapso del derecho y la regresión al estado salvaje dominado por la ley del más fuerte.

NOTAS

1. «La ‘norma’», escribe Kelsen expresando el primero y el segundo de estos tres rasgos, «es el sentido de un acto con el cual se ordena o permite y, en especial, se autoriza, un comportamiento» (*Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1979, § 4, p. 19). En cambio es ignorada por Kelsen y en general por las teorías normativistas del derecho —que suelen entender «norma» en el sentido más amplio de «mandato», incluidas por lo tanto las «normas singulares» (Íd., *Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, México, ¹1958, 2.^a reimp. 1979, Primera parte, cap. I, C, a], pp. 36-37)— la noción de norma como «regla», que sin embargo está en la base de múltiples principios estructurales del estado de derecho, desde el principio de legalidad al de igualdad. La noción de las normas como «reglas» y su naturaleza lingüística son en cambio expresadas por Th. Hobbes, *Leviatán, o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Alianza, Madrid, 1989, parte II, XXVI, § 3: «La ley civil es, para cada súbdito, aquella serie de reglas que el Estado le ha mandado de palabra, o por escrito, o con otros signos suficientes de la voluntad, para que las utilice a la hora de distinguir lo que está bien y lo que no está bien, es decir, lo que es contrario y lo que no es contrario a la regla». La literatura sobre la norma es interminable. Me limito a remitir, además de a las obras varias veces citadas de Kelsen, a N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Torino, 1958; Íd., «Norma giuridica», en *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Torino, vol. XI, 1965, pp. 330-337; A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, ¹1974; Íd., *Lógica de las normas*, Tecnos, Madrid, 1971; U. Scarpelli, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Giuffrè, Milano, 1985; H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963; C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1975 (2.^a reimp. 1993); G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974; J. Raz, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System* [1970], trad. cast. y prólogo de R. Tamayo y Salmorán, *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, UNAM, México, 1986; F. Modugno, «Norma (teoría generale)», en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, vol. XXVIII, 1978, pp. 328-393; E. Cortese, «Norma (storia)», *ibid.*, pp. 393-411; M. Atienza y

J. Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996; C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1999.

2. Recuérdese el «principio de expresabilidad» de las prescripciones de John R. Searle, recordado al final de la nota 1 del capítulo IV. La misma tesis, según la cual «norma» designa siempre un fenómeno lingüístico, ha sido sostenida por A. Ross, *Lógica de las normas*, cit., cap. IV, § 20, pp. 79-80. Sobre la cuestión, cf. M. Barberis, *Il diritto come discorso e come comportamento*, Giappichelli, Torino, 1990, Lección 12, pp. 121-131, quien, a propósito de las costumbres, ha planteado dudas sobre lo que ha llamado su «dependencia lingüística directa», pero ha admitido lo que ha llamado su «dependencia lingüística indirecta», en el sentido de que en cualquier caso aquéllas funcionan como «criterios eminentemente lingüísticos» de justificación de los comportamientos, diferenciándose en esto de los meros hábitos.

3. El artículo 1 de las Disposiciones preliminares sobre las leyes del Código Civil italiano identifica las fuentes del derecho con las leyes, los reglamentos y los usos. La noción de 'fuente' aquí definida incluye, en cambio, todos los actos y sólo los actos productores de normas, entendiendo por 'norma', según la definición D8.1, únicamente las reglas generales y/o abstractas. Excluye por tanto las leyes llamadas «formales», es decir, carentes de contenido regulativo. Incluye en cambio los actos negociales de derecho privado, como por ejemplo los contratos colectivos de trabajo, productores de normas en el sentido indicado (las cuales, por el contrario, no son normas según la interpretación que la jurisprudencia da a la expresión «normas de derecho» usada por los artículos 360 n.º 3 C.P.C. y 524 C.P.P. y que limita sólo a las reglas producidas por actos de los poderes públicos). E incluye asimismo los actos que en el próximo capítulo llamaré 'informales' por carecer de una forma preestablecida —el acto constituyente y los actos consuetudinarios—, que en el § 12.14 también serán identificados como 'fuentes', precisamente 'informales' (D12.32, T12.159), de normas: el uno de las normas constitucionales y los otros de las normas consuetudinarias. Sobre las fuentes me limito a recordar V. Crisafulli, «Atto normativo», en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, vol. IV, 1959; Íd., «Fonti del diritto (diritto costituzionale)», en *ibid.*, vol. XVII, 1968; A. M. Sandulli, *Fonti del diritto*, en *Novissimo Digesto*, cit., vol. VII, 1961, pp. 524-533; A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, en A. Scialoja y G. Branca (eds.), *Commentario del codice civile. Disposizioni sulla legge in generale, Artt. 1-9*, Zanichelli, Bologna, 1977; Íd., «Fonti (sistema costituzionale delle)», en *Digesto, IV Edizione, Discipline pubblicistiche*, Utet, Torino, vol. VI, 1991; A. Pizzorusso y S. Ferreri, «Le fonti del diritto italiano. I. Le fonti scritte», en R. Sacco (dir.), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 1998; L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1986; G. U. Rescigno, *L'atto normativo*, Zanichelli, Bologna, 1998; R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998; G. Alpa, *Trattato di diritto civile. I. Storia, fonti, interpretazione*, Giuffrè, Milano, 2000, cap. VI, pp. 493 ss.; J. Aguiló Regla, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000; A. Ruggeri, «Itinerari» di una ricerca sul sistema delle fonti. *Studi degli anni 1999-2000*, Giappichelli, Torino, 2000; S. M. Cicconetti, *Le fonti del diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2001; G. Zaccaria, «Trasformazioni e riarticolazione delle fonti del diritto, oggi»: *Ragion pratica* (22 de junio de 2004), 93-120. Véanse también las referencias de la nota 2 del capítulo XVI a las fuentes en el derecho internacional.

4. Véanse, *supra*, el § 4.1 y la nota 4 del capítulo IV.

5. En cambio la distinción entre «normas» y «fuentes» de normas es ig-

norada por Hans Kelsen: «Cada norma jurídica es ‘fuente’ del precepto cuya creación regula, al determinar el procedimiento de elaboración y el contenido de la norma que ha de ser creada. En tal sentido, toda norma jurídica ‘superior’ es ‘fuente’ de la ‘inferior’. Así pues, la Constitución es ‘fuente’ de las leyes creadas de acuerdo con ella; la ley es ‘fuente’ de las resoluciones judiciales que en ella se fundan; la resolución judicial es ‘fuente’ del deber que impone a las partes, y así sucesivamente. La ‘fuente’ del derecho [...] es una norma jurídica ‘superior’ en relación con otra ‘inferior’» (*Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1958, 2.^a reimp. 1979, Primera parte, cap. XI, B], f], pp. 155-156). La misma confusión había sido expresada por Kelsen en la edición de 1934 de *La teoría pura del derecho*, México, Editora Nacional, 1974, § 31, letra b, pp. 110-113 y luego en la de 1960, *Teoría pura del derecho*, cit., § 35, e], p. 242. Se trata de un típico caso de ambigüedad sintáctica generada, en contravención de la regla formulada en el § 5 de los Preliminares, por usar los términos para hacer referencia a ámbitos de objetos (actos y reglas, signos y significados) totalmente distintos.

6. Cf., *supra*, la nota 3 del capítulo IV. Sobre la distinción entre «fuentes de producción», con las que a veces se designan no sólo los actos normativos sino también los poderes, los sujetos e incluso las fuerzas políticas y sociales que producen normas, y «fuentes de conocimiento», o sea, los textos que contienen las normas producidas o expresadas por los actos normativos, cf. entre otros F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, Cedam, Padova, 1990, vol. I, p. 57; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale* [1939], Giuffrè, Milano, 1957, vol. I, § 4, pp. 64 ss.; R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 1-4.

7. Si esta tesis no resulta inmediatamente evidente es sólo por la ambigüedad del lenguaje común. En efecto, cuando se afirma que un derecho fundamental, una prohibición penal o una determinada capacidad son «establecidos», «instituidos» o «producidos» por una determinada norma se hace referencia, elípticamente, no ya a la norma en el sentido de «regla», sino a la norma en el sentido de «fuente», de «precepto» o incluso de «texto» normativo, de los que la norma como regla es el significado jurídico, es decir, el derecho subjetivo, prohibición o estatus jurídico del que se habla.

8. Sobre la prohibición de normas penales constitutivas, es decir, de normas que no prohíben acciones sino que penalizan identidades subjetivas como tipos de autor, remito a mi *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2009, § 36.3, pp. 506-509. En efecto, la constitutividad de las normas penales contradiría un fundamental principio de libertad y de igualdad del modelo penal garantista: la prohibición de normas que penalicen directamente una condición o una identidad personal (la de peligroso, subversivo, herético u otras parecidas), «constituyéndola» como ilícita y sancionando, por lo tanto, no *por lo que se hace* sino *por lo que se es*.

9. Sobre el uso del lenguaje en función adscriptiva recuérdese el clásico ensayo de H. L. A. Hart, «L'ascrizione di responsabilità e di diritti», en Íd., *Contributi all'analisi del diritto*, Giuffrè, Milano, 1964. Hart limita la noción de «adscripción» a la que tiene por objeto derechos subjetivos y responsabilidades. Se trata, a mi juicio, de una restricción injustificada, al ser idéntica la estructura de los preceptos y normas deónticas que adscriben situaciones de otro tipo, como las obligaciones (por ejemplo, la obligación de pararse ante un semáforo en rojo) o las prohibiciones (por ejemplo, penales), o la de los preceptos y normas constitutivas de estatus personales. Por otra parte no me parece justificado caracterizar como constitutivas todas las normas adscriptivas incluidas las per-

misivas, como ha sugerido Gaetano Carcaterra (*La forza costitutiva delle norme*, Bulzoni, Roma, 1979, pp. 32-33 y 41 ss.; Íd., *Lezioni di filosofia del diritto. Teoria del diritto positivo. Fondazione dei valori etici*, Bulzoni, Roma, 1994, p. 145), a no ser en el sentido de «constitutividad en sentido lato» ilustrado en el § 4.3. En efecto, constitutivas en sentido estricto sólo son las normas que adscriben estatus —como el varias veces citado artículo 2 del Código Civil italiano sobre la capacidad de obrar de los mayores de edad— y que por consiguiente no requieren ulteriores actuaciones. Y viceversa, las normas adscriptivas de derechos y de responsabilidades son normas deónticas al igual que las que prescriben obligaciones o prohibiciones, dado que al igual que éstas, y a diferencia de las normas constitutivas en sentido estricto, consisten en modalidades o en expectativas deónticas y pueden ser tanto actuadas (es decir, ejercidas, satisfechas o violadas) como no actuadas, y por consiguiente tanto efectivas como inefectivas. Tengo la impresión de que la contraposición de las normas adscriptivas de Hart, y de las permisivas de Carcaterra, a las normas prescriptivas de obligaciones o prohibiciones indica, paradójicamente, un residuo de imperativismo, es decir, de la concepción que identifica las normas sólo con las normas que establecen obligaciones o prohibiciones.

10. Las normas institutivas, en efecto, son las que E. Bulygin llama «reglas conceptuales» («Sobre las normas de competencia», en C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 493-495, donde se recuerda la análoga noción de «reglas definitorias» [*determinative rules*] introducida por G. H. von Wright en *Norm and Action*). Se trata de uno de los conceptos más problemáticos de la teoría que es además indispensable para explicar las definiciones normativas, las cuales sólo pueden ser comprendidas dentro de la más general teoría de las normas hipotéticas, o sea, de las normas no inmediatamente prescriptivas. Recuérdese la *vexata quaestio* de la conveniencia de las definiciones legislativas: «Omnis definitio in iure civili periculosa est; parum est enim ut non subverti possit» [En derecho civil toda definición es peligrosa; no basta con que no pueda ser malinterpretada] (Giavoleno, D 50, 17, 202). Sobre las definiciones legislativas y sobre las cuestiones de su carácter vinculante y de su conveniencia, cf. A. Belvedere, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Giuffrè, Milano, 1977; A. Belvedere, M. Jori y L. Lantella, *Definizioni giuridiche e ideologie*, Giuffrè, Milano, 1979; G. Tarello, «Il problema delle definizioni legislative» [1978], en Íd., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1988, pp. 490-498 (trad. cast. de I. Rosas Alvarado, *Cultura jurídica y política del derecho*, ed. de J. L. Monereo, Comares, Granada, 2002, pp. 536-545); C. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990, cap. III, pp. 83-97; M. Jori, «Definizioni giuridiche e pragmatica», en P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1995. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 109-144. Según Giovanni Tarello, la tesis doctrinal del carácter no vinculante de las definiciones legislativas refleja la tendencia, de origen pandectístico, a reservar a la ciencia jurídica el monopolio de la construcción de los conceptos: Tarello habla a este respecto de «sabotaje a la legislación» (*Cultura jurídica y política del derecho*, cit., p. 545). La cuestión remite a (y se resuelve con) la distinción, realizada en el § 9 de la Introducción, entre conceptos de la dogmática jurídica y conceptos de la teoría del derecho, reformulados los primeros mediante definiciones terminológicas vinculadas a las definiciones legislativas y elaborados los segundos mediante definiciones estipulativas. Y por ello no debe dramatizarse: no hay ningún sabotaje a la legislación italiana, por ejemplo, en la definición de 'fuente' estipulada aquí con la definición D8.2 en

oposición a la formulada por el artículo 1 de las Disposiciones sobre las leyes preliminares al Código Civil italiano y referida *supra* en la nota 3; o en la definición de ‘bien’ establecida en el § 7.11 con la definición D7.19, en alternativa a la más restringida enunciada por el artículo 810 del Código Civil. Las definiciones estipuladas aquí son simplemente definiciones teóricas que no pretenden en absoluto sustituir a las dogmáticas, pues ambos tipos de definiciones pertenecen a niveles de discurso diferentes (véase, *supra*, la nota 57 de la Introducción).

11. El concepto de «instituto jurídico» fue formulado por Friedrich Karl von Savigny desde las primeras páginas de su *Sistema*: «La regla jurídica y la ley, que es su expresión, tienen por base las instituciones [...] cuando no se quiere limitarse a las manifestaciones exteriores, sino penetrar la esencia de las cosas, se reconoce que cada elemento de la relación de derecho se refiere a una institución que lo domina y le sirve de tipo, de la misma suerte que cada juicio está dominado por una regla» (*Sistema del derecho romano actual*, Comares, Granada, 2005, Libro I, cap. II, § V, p. 6; cf. también el «cuadro general de los institutos jurídicos» trazado allí, Libro II, cap. I, § LVIII, pp. 174-177). Más simplemente, escribió Windscheid, «por instituto jurídico se entiende el conjunto de las normas jurídicas relativas a una relación jurídica. En este sentido también son institutos jurídicos por ejemplo la propiedad y la posesión, así como el matrimonio, la obligación, el contrato, etc.» (*Diritto delle Pandette*, Utet, Torino, 1902, vol. I, § 37a, pp. 172-173). En esta acepción un tanto vaga y genérica, retomada por la literatura dominante, la noción de «instituto» —predicable de cualquier objeto— equivale pues a «concepto normativo» (como es precisamente el concepto de «propiedad», o el de «posesión», o los de «contrato», «hurto» o «ciudadanía») y podría haber sido introducida ya en la primera parte, dedicada a la deontica: de hecho, reglas institutivas, en el sentido de definiciones constitutivas, figuran también entre las reglas de la costumbre y, sobre todo, entre las de los juegos, por ejemplo el del ajedrez. Alude sustancialmente a las que aquí hemos llamado ‘normas institutivas’ el célebre ensayo de A. Ross, *Tû-tû* [1951], trad. cast. de G. R. Carrió, *Tû-tû*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976.

12. Como se ha dicho en el § 8.2, incluso los actos preceptivos constitutivos, que en el próximo capítulo llamaré simplemente ‘actos constitutivos’, están previstos, en virtud del principio de (mera) legalidad de los actos, por normas deónticas sobre su producción que en el próximo capítulo llamaré ‘formales’. Un acto constitutivo (por ejemplo un matrimonio) no implica, en efecto, una norma constitutiva como su modalidad, lo que no tendría sentido. Al contrario, es la norma constitutiva (por ejemplo, la norma sobre la capacidad de obrar de los mayores de edad) la que, en virtud del principio de positividad de las normas, implica un acto constitutivo —el que en el § 9.6 llamaré ‘decisión constitutiva’ (T9.74, T9.78)— como título del que es a la vez efecto y significado (T8.19, T8.32). Eso no quita para que los actos constitutivos singulares, como se verá en el § 9.6, impliquen también otra norma, hipotético-constitutiva, que preconstituye su significado (T9.73), vinculándolo por ello mucho más rígidamente de cuanto vinculan a los demás actos preceptivos esas normas hipotético-deónticas que en el próximo capítulo llamaré ‘normas sustantivas’. Por ejemplo, un matrimonio es un acto constitutivo regulado, como todos los demás actos preceptivos, por una norma deóntica (formal) sobre su formación a la luz de la cual resulta inteligible o reconocible como matrimonio; pero el efecto que produce es el estatus de cónyuge de los dos contrayentes, que normalmente, como sucede en el derecho italiano, viene enteramente preconstituido, más allá de la voluntad de los cónyuges, por las normas hipotético-constitutivas del código civil sobre los efectos del matrimonio.

13. Recuérdense los pasajes de Hobbes sobre la universalidad de los nombres: un nombre común, escribió Hobbes anticipando la teoría extensional del significado de Gottlob Frege, siempre « nombra diversas cosas particulares; y referido a todas ellas en conjunto, se llama *universal*. En el mundo no hay nada universal que no sean nombres; porque las cosas que se nombran son cada una de ellas algo individual y singular. Un nombre universal es dado a muchas cosas porque hay entre éstas una semejanza en alguna cualidad u otro accidente. Y mientras que un nombre propio nos trae a la mente una sola cosa, los universales nos traen cualquiera de esas muchas. Algunos nombres universales tienen más extensión que otros. Los que son menos extensos están comprendidos en los que son más extensos [...] Por ejemplo, el nombre *cuerpo* tiene un significado más extenso que la palabra *hombre*, y ésta está comprendida en aquél [...] Mediante esta imposición de nombres —unos de significación más extensa, otros de significación más restringida— convertimos el cálculo de las consecuencias que tienen lugar entre cosas imaginadas en la mente en un cálculo de las consecuencias que se derivan de los términos» (*Leviatán*, cit., parte I, cap. IV, §§ 6-9). Cf. también Th. Hobbes, *Elementos de Derecho natural y político*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, parte I, cap. V, §§ 4-13, pp. 127-132. Véase además, *infra*, la nota 20.

14. Se puede decir elípticamente, como dice Kelsen, que un determinado hecho «logra su sentido específicamente jurídico, su significación propia en derecho, a través de una norma que se refiere a él con su contenido, que le otorga significación en derecho, de suerte que el acto puede ser explicitado según esa norma... Que un hecho sea la ejecución conforme a derecho de una sentencia de muerte, y no un homicidio, es una cualidad —sensiblemente no perceptible— que aparece sólo a través de un proceso intelectual: a partir de la confrontación con un código penal y el código de procedimientos penales. Que el intercambio de cartas antes referido signifique haber celebrado un contrato, proviene exclusiva y únicamente de que esa situación fáctica encaja en ciertas disposiciones del código civil. Que un documento, ya no sólo por su sentido subjetivo, sino conforme a su sentido objetivo, sea un testamento válido, deriva de que satisface las condiciones bajo las cuales pueda valer como testamento, conforme a las disposiciones de ese código» (*Teoría pura del derecho*, cit., § 4, pp. 17-18). Cf. también, *ibid.*, el § 26, p. 120: «Las proposiciones jurídicas que enuncian que uno debe comportarse de determinada manera, no admiten ser reducidas a enunciados sobre hechos reales presentes o futuros [...] Se refieren al sentido específico que tienen los hechos reales consistentes en tales actos de voluntad; y el deber, la norma, que es justamente ese sentido, es algo distinto de la realidad de ese hecho de voluntad».

15. N. Bobbio, «Teoría del ordenamiento jurídico», en *Íd.*, *Teoría general del derecho*, Debate, Barcelona, 1991, parte II, cap. I, § 56, p. 164 y caps. II-IV.

16. «El orden jurídico», escribe Kelsen, «es un sistema de normas generales e individuales enlazadas entre sí de acuerdo con el principio de que el derecho regula su propia creación. Cada norma de este orden es creada de acuerdo con las prescripciones de otra y, en última instancia, de acuerdo con lo que establece la norma fundamental que constituye la unidad del sistema. Una norma pertenece a un orden jurídico sólo en cuanto ha sido creada de conformidad con las prescripciones de otra del propio orden. Este *regressus* desemboca finalmente en la primera Constitución, cuya creación encuéntrase determinada por la norma fundamental hipotética» (*Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., Primera parte, cap. XI, B], g], p. 156); véase también, *infra*, la continuación de este pasaje kelseniano reproducida en la nota 33 de este capítulo y la ulterior repro-

ducida en la nota 44 del capítulo IX. «A la pregunta de por qué tiene carácter jurídico un cierto acto de coacción», había escrito poco antes Kelsen, «hay que contestar: porque tal acto ha sido prescrito por una norma individualizada, la sentencia judicial. A la pregunta de por qué esta norma individualizada vale como parte de un determinado orden jurídico, se contesta diciendo: porque ha sido creada de conformidad con una ley penal. Esta ley, por último, deriva su validez de la Constitución, en cuanto ha sido establecida por un órgano competente, en la forma prescrita por la misma Constitución. Si inquirimos por qué la Constitución es válida, tal vez encontraremos su fundamento de validez en otra Constitución más antigua [...] La validez de esta primera Constitución es el supuesto último, el postulado final de que depende la validez de todas las normas de nuestro sistema jurídico. Se prescribe que debe uno conducirse en la forma en que lo ordenaron el individuo o los individuos que establecieron la primera Constitución. Ésta es la norma fundamental del orden jurídico en cuestión» (*ibid.*, cap. X, C], a], p. 135). Joseph Raz, *El concepto de sistema jurídico*, cit., V, 2, pp. 123-129, ha representado esta «cadena de validez» mediante un «diagrama en forma de árbol», formado por un tronco, que representa la norma fundamental, y por varias ramas y ramificaciones, que representan las distintas normas, cada una de las cuales obtiene la validez de la rama de la que nace. Sobre la dinámica generada por esta cadena de actos al mismo tiempo de aplicación y de creación del derecho, cf., además de L. Gianformaggio (ed.), *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, Giappichelli, Torino, 1991, el amplio estudio de C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, cit.

17. Véanse, *infra*, las notas 12 y 146 del capítulo XVI.

18. Sobre la configuración como relación de lengua a lenguaje de la relación entre las normas como figuras de calificación y los concretos objetos calificados por ellas, remito a *Derecho y razón*, cit., §§ 4.2 y 11.2, pp. 54-56 y 158-160 y, aún antes, a «Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa»: *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* (1966), 290-304, donde he caracterizado la interpretación doctrinal como un hecho de «lengua» y la interpretación operativa como un hecho de «lenguaje». La distinción entre «lengua» (por ejemplo, la lengua italiana) y «lenguaje» (por ejemplo, mi lenguaje en italiano), o bien entre *langue* y *parole*, se remonta a F. de Saussure, *Cours de linguistique générale* [1916], trad. cast. de M. Fernández Alonso de Armiño, *Curso de lingüística general*, Planeta-De Agostini, Barcelona, 1985, pp. 21-29 y *passim*. La tesis aquí propuesta de la inteligibilidad de los hechos a la luz de las normas reproduce en lo sustancial la concepción kelseniana de la norma como atribución de significado jurídico a los hechos (véase, *supra*, la nota 14) o como su «esquema de interpretación» (H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., Primera parte, cap. I, C], fl, p. 48), retomada ésta por Alf Ross en el pasaje de *Sobre el derecho y la justicia* citado *infra* en la nota 21. Sobre las múltiples concepciones del derecho como lenguaje y sobre las variadas comparaciones entre derecho y lenguaje, cf. P. Di Lucia, «Teorie dei rapporti tra diritto e linguaggio», en L. Gianformaggio y M. Jori (eds.), *Scritti per Uberto ScarPELLI*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 264-302; R. Guastini, *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, Giappichelli, Torino, 2006.

19. He analizado este nexo entre legalidad y verdad en *Derecho y razón*, cit., caps. I-III, VII y IX. Remito además a «La semántica de la teoría del derecho», en *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004; «La formazione e l'uso dei concetti nella scienza giuridica e nell'applicazione della legge»: *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2 (1985), 401-422; «Note critiche ed autocritiche intorno alla discussione su 'Diritto e ragione'», en L. Gianformaggio

(ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino, 1993, § 2.1, pp. 477-486.

20. Th. Hobbes, *Del Ciudadano*, Instituto de Estudios Políticos, Caracas, 1966, XVIII, 4, p. 309. «Verdad», prosigue Hobbes, anticipando también aquí la moderna teoría extensional del significado, «es la misma cosa que proposición verdadera. Ahora bien, una proposición es verdadera cuando el nombre consiguiente, que los lógicos llaman predicado, abarca en su amplitud el nombre antecedente, que se llama sujeto. Y saber una verdad es lo mismo que recordar que ha sido hecha por nosotros mismos, mediante el empleo de las palabras».

21. M. Jori, «Definizioni giuridiche e pragmatica», cit., pp. 123 ss., habla del derecho como «máquina semiótica» y del lenguaje jurídico como «lenguaje efectivamente hablado en una comunidad». Esta dimensión pragmática del lenguaje jurídico, que indudablemente está en la base de la efectividad, está presente sobre todo en las concepciones del derecho propias de los teóricos realistas, los cuales sin embargo tienden a veces a hacer descansar sobre ella la validez. Alf Ross la identifica con «la efectividad en que consiste la validez del derecho», identificada a su vez con la «aptitud» del sistema normativo —«basada en el hecho de que las normas son efectivamente obedecidas porque se las vive como socialmente obligatorias» y en particular «operantes en la mente del juez»— para «servir como esquema de interpretación para un conjunto correspondiente de acciones sociales» (*Sobre el derecho y la justicia*, cit., cap. II, pp. 60-61). Karl Olivecrona habla de «actitud de respeto a la constitución» que «hace que todos acepten como vinculantes las normas emanadas en la forma prescrita por la constitución» (*Law as Fact* [1939], trad. it., *Il diritto come fatto*, ed. de S. Castignone, Giuffrè, Milano, 1967, cap. II, pp. 43-44); de K. Olivecrona cf. también *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, Labor, Barcelona, 1980, cap. IV; e Íd., *La realtà del diritto. Antologia di scritti*, bajo la coord. de S. Castignone, C. Faralli y M. Ripoli, Giappichelli, Torino, 2000, con amplia bibliografía sobre el realismo escandinavo. La misma dimensión pragmática está presente también en la idea del «punto de vista interno» desde el que se aceptan las normas, sostenida por H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, cit., cap. IV, pp. 64 ss., así como en la noción de «razones para actuar» con la que la normatividad del derecho es explicada por J. Raz, *Razón práctica y normas*, cit. Véanse también, en esta perspectiva, los estudios de A. Catania, *Argomenti per una teoria dell'ordinamento giuridico*, Jovene, Napoli, 1976; Íd., *Il problema del diritto e l'obbligatorietà*, Esi, Napoli, 1983; Íd., *Il diritto tra forza e consenso. Saggi sulla filosofia giuridica del Novecento*, Esi, Napoli, 1987; F. Viola, *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, Milano, 1990, cap. VII, § 2, pp. 162 ss.

22. De ello depende también algún grado de aceptación y de arraigo social de las normas jurídicas y de sus significados prescriptivos. Bajo este aspecto la pragmática del derecho se conecta a la dimensión pragmática de la ciencia jurídica. Sobre el papel del jurista vinculado a tal dimensión cf. U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965 (trad. cast., *¿Qué es el positivismo jurídico?*, con un estudio de A. Rentería Díaz, Cajica, Puebla, 2001). Por otro lado, este mismo aspecto señala también un papel decisivo de la sociología jurídica. En efecto, si la sociología —según la clásica tesis de Max Weber, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, FCE, México, 7.^a reimp. 1984, Parte I, cap. I, § 1, pp. 5-20— tiene como tarea el análisis y la interpretación del «sentido del actuar social», bien puede decirse que la sociología del derecho tiene como tarea el análisis y la interpretación del *sentido del actuar jurídico* y de sus múltiples disfunciones: desde la pérdida de sentido de sus normas a las incomprensiones, deformaciones, involuciones y

evoluciones de sus significados. Y la sociología histórica, a su vez, resulta orientada a rastrear signos y significados de las prácticas sociales y jurídicas, de sus cambios, de las luchas que los acompañan, así como de las diversas culturas e intereses en los que están arraigados y por los que son sostenidos.

23. Cf., en este sentido, M. C. Redondo y P. E. Navarro, «Aceptación y funcionamiento del derecho»: *Doxa* 7 (1991), 225. Véanse también los trabajos citados en la nota 33 del capítulo V.

24. Cf. G. Tarello, «Ordenamiento jurídico» [1976], en Íd., *Cultura jurídica y política del derecho*, cit., pp. 189-226, quien propone incluso abandonar el uso de la palabra «ordenamiento». De un «desconocimiento del ordenamiento jurídico» en cuanto expresión, entre los juristas, de uso «esporádico», «atécnico» y pleonástico» (como sinónimo de «derecho») habla A. G. Conte, «Ordinamento giuridico», en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., vol. XII, 1965, pp. 45-54. Por otro lado, recuérdense las tesis de Rudolf Jhering y de Tullio Ascarelli, reproducidas en la nota 13 del capítulo VII, sobre la inconsistencia teórica del concepto de «persona jurídica».

25. En el léxico jurídico italiano el concepto de 'ordenamiento' —más o menos equivalente al francés *ordre juridique*, al alemán *Rechtsordnung*, al español «ordenamiento» y a los ingleses *legal order* y *legal system*— ha hecho su aparición sobre todo con la obra de Santi Romano, *L'ordinamento giuridico* [1917], Sansoni, Firenze, 1962 (hay trad. cast. de S. y L. Martín-Retortillo, *El ordenamiento jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963). Sobre la estructura de los ordenamientos me limito a señalar, aparte de las obras de Kelsen y de los escritos críticos mencionados en la nota precedente, N. Bobbio, «Teoría del ordenamiento jurídico», cit.; A. G. Conte, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Giappichelli, Torino, 1962; K. Olivecrona, *El derecho como hecho...*, cit.; J. Raz, *El concepto de sistema jurídico*, cit.; L. Lombardi Vallauri, «Il diritto come ordinamento», en *Atti del X Congresso nazionale della Società Italiana di Filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1976, pp. 9-48; R. Caracciolo, *Sistema jurídico. Problemas actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988; L. Gianformaggio (ed.), *Sistemi normativi statici e dinamici...*, cit.; J. J. Moreso y P. E. Navarro, *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la dinámica de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993; M. G. Losano, *Sistema e struttura nel diritto*, 3 vols., Giuffrè, Milano, 2002. Véanse además las voces de V. Frosini, «Ordinamento giuridico: a) Filosofia del diritto», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XXX, 1980, pp. 639-654; de M. Brutti, «Ordinamento giuridico: b) storia», *ibid.*, pp. 654-678; y de F. Modugno, «Ordinamento giuridico: c) dottrine generali», *ibid.*, pp. 678-736.

26. Como es sabido, el concepto de «norma de reconocimiento» ha sido introducido por H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, cit., pp. 125 ss. A la norma de grado supremo de todo ordenamiento, como es la constitución de los ordenamientos estatales, tal vez podríamos llamarla «norma originaria», si no fuera por el peligro de oscurecer su carácter positivo, y por lo tanto originado, en tanto que efecto en cualquier caso de un acto jurídico institutivo y, sobre todo, su carácter relativo a cualquier ordenamiento, incluso no originario, como son los generados, como se verá en el § 10.9, por cualquier acto institutivo de una persona jurídica y del correspondiente estatuto. Sobre la norma de reconocimiento cf., entre las últimas aportaciones, M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho...*, cit., cap. V, pp. 142-163.

27. Sobre la cuestión de la unidad del ordenamiento y de la pluralidad de los ordenamientos véanse N. Bobbio, «Teoría del ordenamiento jurídico», en

Íd., *Teoría general del derecho*, cit., parte II, cap. V; M. Corsale, «Pluralismo giuridico», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XXXIII, 1983, pp. 1003-1026; F. Modugno, «Pluralità degli ordinamenti», *ibid.*, XXXIV, 1985, pp. 1-58; W. Cesarini Sforza, «Ordinamenti (pluralità degli)», en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., vol. XII, 1965, pp. 1-3. Sobre la cuestión y sobre su relevancia en la configuración de las relaciones entre ordenamientos estatales y ordenamiento internacional volveré en el § 16.1. Pero véanse también la nota 43 de la Introducción y los §§ 8.7 y 12.13.

28. El término «razón social», que en los artículos arriba citados se refiere a las sociedades mercantiles y específicamente a su denominación social, recuerda a la expresión «razón» o «función económico-social» con la que, como he recordado en el § 5.3, Emilio Betti ha caracterizado el concepto de «causa» (como «razón práctica» o «social» del negocio jurídico). Se adecua bien, por lo tanto, a las personas jurídicas o artificiales, que tienen una razón social que es precisamente su causa justificatoria o merecedora de tutela. Pero recuerda también, cuando se refiere a las instituciones políticas, a la expresión «razón pública» usada por J. Rawls, *Political Liberalism* [1993], trad. cast. de A. Domènech, *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona, 1996, pp. 247 ss.

29. Recuérdense los pasajes de Hobbes citados en la nota 1 del capítulo V y en la nota 7 del capítulo VI.

30. El nexo entre persona jurídica y fin —aquí llamado «razón social» e identificado con los intereses para cuya satisfacción la persona es instituida— ya fue puesto de relieve por F. C. Savigny, *Sistema del derecho romano actual*, cit., Libro II, cap. II, § LXXXV, pp. 287-288, que definió las «personas jurídicas» como «seres ficticios [...] que no existen sino para el cumplimiento de un fin jurídico». La tesis ha sido retomada por F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., vol. I, § 20.1, p. 274, que llama «razón práctica» a los fines para cuya consecución ha sido constituida la persona. Recuérdese también la teoría de Aloys Brinz, propuesta de nuevo en Italia por Gustavo Bonelli, que concibe las personas jurídicas como formas de «patrimonio afectado a un fin», y recordada tanto por F. Ferrara, Sen., *Le persone giuridiche*, Utet, Torino, ²1958, § 10, pp. 21-22, como por R. Orestano, «'Persona' e 'persone giuridiche' nell'età moderna», en Íd., *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Il Mulino, Bologna, 1978, cap. III, § 3, pp. 218-219.

31. He definido el 'acto institutivo' simplemente como 'acto' que es causa de una institución y no también como 'precepto constitutivo'. En efecto, como se verá en el § 10.9 con la definición de 'estatuto' (D10.17), el acto institutivo se manifiesta como precepto (y como acto) constitutivo sólo en cuanto causa de una institución contemplada como persona y del estatuto de la misma contemplado como *status personae* o personalidad, o sea, de su razón social. Pero se manifiesta también como precepto deóntico (y como decisión) en cuanto causa, no sólo de una institución contemplada como ordenamiento, sino también del estatuto de la misma contemplado como norma de reconocimiento, que en los ordenamientos jurídicos nomodinámicos, como veremos en su momento, es una norma deóntica y en concreto una norma formal sobre la producción normalmente de rango constitucional (T10.105, T10.103, T12.102 y T12.92). En rigor, hubiera sido apropiado definir las nociones de «ordenamiento» y de «norma de reconocimiento» en el capítulo IX, mediante la utilización del concepto de «norma sobre la producción» (D9.13) en lugar del de «norma deóntica de grado supraordenado». Por razones de carácter sistemático he preferido, sin embargo, anticipar estas nociones en este capítulo.

32. Se satisface de este modo la regla de formación indicada en el § 5 de los

Preliminares, según la cual un mismo predicado no debe asociarse, dentro de un mismo discurso, a diferentes tipos o clases de cosas.

33. Las dos redes son las dos caras de la misma moneda. Recuérdesse el pasaje kelseniano cuya primera parte ya ha sido citada en la nota 16 y que continúa así: «Podría igualmente decirse que una norma pertenece a cierto orden jurídico si ha sido creada por un órgano de la comunidad constituida por ese orden. El individuo que crea la norma jurídica es un órgano de la comunidad, porque y en cuanto su función se encuentra determinada por un precepto de derecho del orden constitutivo de esa misma comunidad jurídica [...] El aserto ‘una norma pertenece a un orden jurídico porque ha sido creada por un órgano de la comunidad jurídica constituida por ese orden’, y el juicio ‘una norma pertenece a un orden jurídico porque ha sido creada de acuerdo con la norma fundamental del propio orden’, expresan una y la misma cosa» (H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., Primera parte, cap. XI, B], g], pp. 156-157).

34. Subvierto así la conocida tesis kelseniana según la cual todas las personas —no sólo las jurídicas sino también las físicas— no son sino «la personificación de un orden» o, si se quiere, «órdenes personificados» (H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., Primera parte, cap. IX, C], f], p. 117), de manera que *son*, y no *tienen*, derechos y deberes: «La persona física o jurídica que ‘tiene’, como su portador, obligaciones jurídicas y derechos subjetivos, *es* esas obligaciones y derechos subjetivos; es un conjunto de obligaciones jurídicas y derechos subjetivos, cuya unidad se expresa metafóricamente en el concepto de persona. La persona no es más que la personificación de esa unidad» (Íd., *Teoría pura del derecho*, cit., § 33, p. 183).

35. Son sobre todo las normas de competencia las que expresan el nexo entre instituciones como ordenamientos e instituciones como personas o sujetos jurídicos. Estas normas, como veremos en el § 10.7, al ser simultáneamente normas constitutivas de las competencias de una persona jurídica o de uno de sus órganos, así como de sus funcionarios, y normas deónticas que regulan las formas de los actos que les son imputables a aquéllos (D10.11), expresan más que ninguna otra esta doble dimensión, subjetiva y objetiva, de toda institución, estipulada en los correspondientes estatutos (D10.17). Añado que en los sistemas jurídicos complejos las normas de reconocimiento y las razones sociales pueden ser más de una. Como se verá en el capítulo XII, las normas de reconocimiento de lo que llamaré ‘democracia constitucional’, estipuladas en esos estatutos de las instituciones políticas que son las ‘constituciones’, son la representatividad política de las funciones de gobierno y la separación entre éstas y las funciones de garantía; mientras que sus razones sociales son la garantía de la paz y de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos.

36. Sobre la relación entre derecho y fuerza —el primero como disciplina o monopolio del uso de la segunda— véanse las clásicas páginas de H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., Primera parte, cap. I, B], f] y j], pp. 24-25 y 28-29; A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, cit., cap. II, pp. 61 y 79-86; N. Bobbio, «Teoría del ordenamiento jurídico», en Íd., *Teoría general del derecho*, cit., parte II, § 63, pp. 184-187.

37. Es la fórmula en la que se basa la famosa definición del «Estado» enunciada por Max Weber: «Por *estado* debe entenderse un *instituto político* de actividad continuada, cuando y en la medida en que su cuadro administrativo mantenga con éxito la pretensión al *monopolio legítimo* de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente» (M. Weber, *Economía y sociedad*, cit., Parte I, cap. I, § 17, pp. 43-44); «Hoy la coacción jurídica violenta es un monopolio del Estado» (*ibid.*, Parte II, cap. I, § 1, p. 253); «el Estado es aquella comunidad

humana que en el interior de un determinado territorio —el concepto de territorio es esencial a la definición— reclama para sí (con éxito) el monopolio de la coacción física legítima [...] El Estado se considera, pues, como fuente única del ‘derecho’ de coacción» (*ibid.*, Parte II, cap. IX, sección IX, § 2, p. 1056). La tesis es retomada por H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., Primera parte, cap. I, B], f], pp. 24-25: «La fuerza es empleada para prevenir el empleo de la fuerza en la vida social [...] [El derecho] es la organización de la fuerza. Pues el primero señala ciertas condiciones al uso de la fuerza en las relaciones entre los hombres, autorizando el empleo de ésta únicamente por ciertos individuos y en determinadas circunstancias [...] Podría decirse, en consecuencia, que el derecho hace del uso de la fuerza un monopolio de la comunidad. Y precisamente al proceder así, pacifica ésta».

38. Son los requisitos comúnmente exigidos a la legítima defensa; por ejemplo por el artículo 52 del Código Penal italiano: «No puede ser sancionado quien ha cometido el hecho forzado por la *necesidad* de defender un *derecho* propio o ajeno frente al *peligro real* de una *agresión ilegítima*, siempre que la defensa sea *proporcionada* a la agresión» (cursivas añadidas).

Parte III

EL ESTADO DE DERECHO

IX

ACTOS FORMALES Y ACTOS INFORMALES

9.1. *Introducción*

En esta tercera parte trataré de la estructura normativa de esa particular formación jurídica que es el estado de derecho.

«*Estado de derecho*» es una fórmula genérica con la que pueden entenderse dos cosas distintas. En sentido *débil* o *lato* la fórmula designa cualquier ordenamiento regido por el principio —que en el § 8.5 he llamado de *mera legalidad*— en virtud del cual todo acto está disciplinado por normas jurídicas positivas; en sentido *estricto* o *fuerte* designa solamente los ordenamientos regidos por el principio —que he llamado en cambio de *estricta legalidad*— en virtud del cual las propias normas, en tanto que resultados de actos, están a su vez sometidas a normas superiores que disciplinan su contenido. En el primer sentido la fórmula significa simplemente «estado legal», es decir, un modelo de ordenamiento en el que la ley, cualquiera que sea su contenido, es *condicionante* de la validez y de la eficacia de los actos que prevé. En el segundo sentido indica, además, un modelo de ordenamiento en el que todos los poderes, incluido el legislativo, están sometidos a la ley, la cual por lo tanto está ella misma *condicionada*, en la predeterminación de los efectos de los actos, a límites y vínculos de carácter no sólo formal sino también sustancial¹.

En la experiencia de la Europa continental el estado de derecho en sentido lato o débil ha asumido las formas de lo que llamaré «*estado legislativo de derecho*», fruto de la que podemos considerar la primera revolución jurídica moderna: la afirmación del monopolio estatal de la producción legislativa, expresado por las *codificaciones*, y la consiguiente *legitimación formal* de la eficacia de los actos preceptivos, cualesquiera que sean los efectos producidos, en función (*solamente*) de la *forma* legal de las normas que los prevén. El estado de derecho en sentido estricto o fuerte se ha afirmado en cambio como «*estado constitucional de derecho*» gracias a la que podemos considerar la segunda revo-

lución jurídica moderna: la sujeción de toda la producción del derecho a principios normativos, como los derechos fundamentales y el resto de principios axiológicos sancionados por *constituciones* rígidas, y la consiguiente *legitimación sustancial* de la eficacia de todos los actos de poder, incluidos los legislativos, en función (*también*) de los contenidos o *significados* que expresan. No obstante, el «estado de derecho», tanto en sentido débil como en sentido fuerte, también puede realizarse de otro modo, mediante la sujeción *de hecho* de los poderes públicos a principios normativos como las libertades fundamentales y la división de poderes. Es lo que ha sucedido en la experiencia inglesa del *rule of law*, que pese a no haber conocido ni codificaciones ni constituciones integra sin duda un modelo de estado de derecho en sentido estricto o fuerte, hasta el punto de haber inspirado toda la construcción del estado de derecho en el continente europeo. Sin embargo, esa experiencia ha permanecido en gran parte ajena a esta construcción, no siendo calificable ni como «estado *legislativo* de derecho» ni como «estado *constitucional* de derecho».

De ahora en adelante entenderé «estado de derecho» en el segundo sentido, el estricto o fuerte, refiriéndome prevalentemente a la experiencia del estado constitucional de derecho que se desarrolló en Europa en la segunda posguerra con la introducción de las constituciones rígidas. El rasgo característico de esta formación es la regulación normativa, expresada por nuestros postulados P10 y P11 y por las tesis T8.56-T8.78, no sólo de todos los *actos* —como en cualquier sistema de derecho positivo— sino también de sus *efectos*; más exactamente, no sólo de esos particulares actos que son las *fuentes* de producción normativa, sino también de las *normas* que son sus efectos; no sólo, por consiguiente, de las *formas* de tales actos, sino también de sus contenidos o *significados* normativos, o sea, de las prescripciones en las que consisten sus efectos. En otras palabras, si «derecho positivo» es todo sistema de normas «puestas» o producidas en las formas normativamente previstas, «estado (constitucional) de derecho» es un sistema en el que la producción de normas está regulada normativamente no sólo en lo referente a las formas de producción sino también en lo referente a los significados producidos. Se trata, evidentemente, de un sistema dotado de una mayor complejidad que el primero, debido a los requisitos que impone no sólo a la forma de los actos de producción del derecho como condiciones de su existencia o positividad, sino también a su contenido, o sea, a sus efectos o significados —sean estos normas, situaciones o estatus— como condiciones de su validez y legitimidad.

Así pues, si el concepto de '*causa*' representa el término clave de la teoría general del derecho positivo, los términos '*forma*' y '*significado*' —el primero de los cuales será definido en el próximo párrafo mientras que el segundo ha sido introducido como primitivo y ya ampliamente utilizado desde el capítulo IV— representan los términos clave de la teoría del estado de derecho. Los actos jurídicos preceptivos que más adelante llamaré 'decisiones', y a los que asociaré como efectos si-

tuaciones o normas, se configuran en efecto como actos lingüísticos, es decir, expresivos de signos dotados de forma y de significado de manera conforme y coherente con específicas normas sobre su producción. Se confirma así la representación de todo el derecho como un universo lingüístico, es decir, como un mundo de formas (o sea, de signos) y de significados: de formas predispuestas por reglas que confieren vigencia a los actos preceptivos que se ajustan a ellas, y de significados expresados o producidos por éstos en coherencia con otras reglas que condicionan su validez. Y toda la producción jurídica puede ser representada como una producción de significados a través de las formas establecidas por el propio derecho.

El *estado constitucional de derecho* no es otra cosa que este «derecho sobre el derecho»: el conjunto de límites y vínculos jurídicos —formales y sustanciales— que deberían envolver cualquier ejercicio de poder, no sólo público sino también privado, no sólo ejecutivo sino también legislativo, y no sólo en el seno de los ordenamientos estatales sino también en las relaciones internacionales. La técnica jurídica sobre la que se funda es la articulación del ordenamiento en varios niveles, regulador cada uno de ellos del de grado inferior y regulado por el de grado superior, según el modelo del constitucionalismo rígido que se desarrolló en Europa en la segunda mitad del siglo xx. Gracias al paradigma constitucional el derecho ya no regula sólo su «ser» sino también su «deber ser»; no programa sólo los comportamientos humanos sino que también se proyecta a sí mismo, vinculándose a opciones positivas (de hacer) y negativas (de no hacer) en garantía de los derechos fundamentales; ya no se funda sólo sobre el principio *auctoritas, non veritas, facit legem*², sino que también sobre el principio de la coherencia, y por lo tanto de la *veritas* que lógicamente debe caracterizar el juicio de compatibilidad de las normas de grado inferior con las de grado superior. Y lleva a cabo por consiguiente, a través de los vínculos de forma y de contenido impuestos a su producción, la superación de la vieja dicotomía expresada por los pares *auctoritas/veritas* y «racionalidad formal»/«racionalidad sustancial» con la que normalmente se formula la oposición entre paradigma iuspositivista y paradigma iusnaturalista.

Las dos acepciones ilustradas en el § 8.5 del *principio de legalidad* de esos particulares actos de poder que son las decisiones serán por lo tanto ligadas a las dos nociones —lata y estricta, legislativa y constitucional— del *estado de derecho*, y por consiguiente a los vínculos formales y sustanciales que constituyen los rasgos distintivos de una y de otra. Concretamente, el *principio de mera legalidad*, que llamaré también de *legalidad formal*, se identificará con la sujeción de la *forma* de las decisiones a *normas formales*; el *principio de estricta legalidad*, que llamaré también de *legalidad sustancial*, se identificará a su vez con la sujeción de su contenido o significado a *normas sustantivas*. Y puesto que los vínculos a los que está sometida la legislación en las democracias actuales están representados por los principios sancionados en las normas

constitucionales, se pueden vincular a este paradigma, como veremos analíticamente en los capítulos siguientes, los dos distintos fundamentos de la democracia: el *formal*, relativo al «*quién*» y al «*cómo*» de las decisiones y asegurado por los derechos de autonomía, tanto política como civil; y el *sustancial*, relativo al «*qué*» está prohibido o es obligatorio decidir y expresado por el conjunto de los derechos fundamentales y el resto de principios establecidos en las constituciones.

Por lo demás, también esta tercera parte será articulada en cuatro capítulos, dedicados respectivamente: *a)* a una primera tipología de los actos; *b)* a una primera tipología de las situaciones; *c)* a los estatus personales a los que están conectados los derechos fundamentales y a la distinción entre éstos y los derechos patrimoniales; y, finalmente, *d)* a la estructura del ordenamiento normativo propia del estado constitucional de derecho. A partir de ahí se analizarán después, en la cuarta parte, los complejos vínculos impuestos al sistema político por los derechos fundamentales y se trazarán los perfiles de una teoría jurídica de la democracia constitucional: de un lado, mediante la identificación y la distinción de sus fundamentos, de sus formas, de sus contenidos y de sus niveles; de otro, mediante el análisis, a partir de los distintos modelos normativos relativos a cada una de estas dimensiones, de sus garantías de efectividad.

9.2. *Las formas jurídicas. Signos, significados y reglas del lenguaje jurídico. Ius-formalismo, ius-positivismo y ius-constitucionalismo*

Dividiré los actos en dos grandes clases: los que llamaré *informales* o *naturales* y los que llamaré *formales* o *artificiales*. Los primeros son todos aquellos actos cuya relevancia o eficacia jurídica es asociada por las normas que los prevén a su naturalidad o materialidad, reconocida y disciplinada por el derecho en virtud de sus efectos igualmente naturales: tales son, de un lado, los actos ilícitos, como los delitos, los incumplimientos contractuales o la producción de daños y, de otro lado, las prestaciones obligatorias y los actos de cumplimiento, cuyas consecuencias empíricas son, respectivamente, efectos indeseados y efectos deseados por el ordenamiento. Los segundos son todos aquellos actos lingüísticos cuya relevancia o eficacia jurídica es un artificio, o sea, una convención jurídica, establecida por las normas que los prevén en virtud de las formas adoptadas por los signos con los que se expresan sus significados: tales son todos los actos preceptivos y negociales, desde los negocios jurídicos hasta las leyes, las disposiciones administrativas y las sentencias. Los primeros producen (*también*) efectos *de hecho*, desincentivados o incentivados por el derecho mediante prohibiciones u obligaciones, además de los efectos de derecho (sancionatorios o satisfactorios) preestablecidos para ellos por las normas que los prevén en actuación de las unas o de las otras. Los segundos producen (*solamente*) efectos *de*

derecho, condicionados por las normas que los prevén a la observancia de determinadas formas en el ejercicio de determinados poderes. Los unos son simplemente *supuestos de hecho* de normas, contemplados por obligaciones o prohibiciones apoyadas por sanciones y dirigidas a impedir o a conseguir sus efectos naturales; los otros, como mostraré en el § 9.15, son además *aplicaciones* de normas, actuadas de conformidad con las condiciones de vigencia y de validez que establecen y con vistas a conseguir los efectos jurídicos, consistentes por lo general en normas, situaciones o estatus, preestablecidos para ellas.

Expreso esta distinción —de importancia fundamental, aunque sea desconocida para la teoría del derecho y para la dogmática jurídica— sirviéndome de un concepto bien conocido en el léxico de los juristas pero por lo general, una vez más, extrañamente limitado a los usos civilísticos³: el concepto de ‘*forma (jurídica)*’, por el que entenderé todos aquellos elementos o circunstancias extrínsecas exigidas a un acto lingüístico por las normas que lo prevén para que sea legítimamente causa de sus significados.

D9.1 ‘*Forma*’ es la observancia de obligaciones predisuestas por las normas deónticas que regulan un acto lingüístico y requerida, la de al menos alguna de ellas, para que el acto produzca como efectos sus significados y, la de la totalidad de ellas, para que sea permitido.

$$(f)(x)(\text{FOR}fx \equiv ((\exists r)(\exists w)(\text{OSS}fr \cdot \text{OBL}wf \cdot \text{REG}rw \cdot \text{REG}rf \cdot \text{REG}rx \cdot \text{NDE}rx \cdot \text{ATT}x \cdot \text{SEG}x) \cdot (\exists y)(\text{EFF}yx \cdot \text{SIG}yx) \cdot (\text{PER}x \rightarrow (r)(\text{OSS}fr \cdot \text{NDE}rx \cdot \text{REG}rx))))$$

Se trata de un concepto basilar de la teoría que sirve para expresar un aspecto central de toda la fenomenología jurídica: la producción de ‘significados prescriptivos’ que sean relevantes como ‘efectos’ en el mundo del derecho —como las situaciones, los estatus y las normas— sólo está permitida bajo determinadas *formas*, que son las formas del lenguaje jurídico y por tanto los instrumentos de la comunicación jurídica. Un acto lingüístico, ciertamente, podrá producir como efectos sus significados prescriptivos en la medida en que sea realizado conforme a las formas previstas por las normas sobre su formación, establecidas *todas* como condiciones de su regularidad (que más adelante llamaré ‘validez’) y *al menos algunas* como condiciones de su propia existencia jurídica (que más adelante llamaré ‘vigencia’). Tales formas pueden ser de lo más variado: desde la simple manifestación de voluntad negocial, implícita en un comportamiento inequívoco, a su formulación escrita; desde la publicidad de algunos actos de compraventa mediante su transcripción, hasta las complejas formalidades y procedimientos requeridos para el perfeccionamiento de las disposiciones públicas. Además, puesto que por definición son ‘formas’ todas las condiciones extrínsecas impuestas a los actos para que produzcan como efectos sus significados, entran en la noción de ‘forma’ no sólo los requisitos relativos al «*cómo*» sino también los relativos al «*quién*» de los actos mismos: como la capacidad

o la competencia de sus autores, la ausencia de vicios de la voluntad en los actos negociales y otros similares.

Podemos descomponer nuestra compleja definición en tres tesis igualmente esenciales que sientan las bases para el análisis de los actos que dentro de poco llamaré ‘formales’, y en particular de los que llamaré ‘decisiones’.

La primera tesis es que la forma de tales actos consiste siempre en la observancia obligatoria de una regla hipotético-deóntica establecida por las normas sobre su formación (T9.1) con el fin de hacerlos reconocibles como *signos* productores de significados jurídicos (T9.2). La forma, por lo tanto, no se identifica con el acto mismo, sino con uno de sus dos elementos, siendo el otro elemento el significado producido por él como efecto y que, como veremos, cuando se trata de decisiones está regulado a su vez por otro tipo de normas sobre la producción. Más exactamente, puesto que la forma está integrada normalmente por una pluralidad de requisitos, tal elemento consiste normalmente en una pluralidad de elementos, cada uno de los cuales viene impuesto por una específica norma hipotético-deóntica (T9.3). Esto significa que la norma deóntica que disciplina la forma del acto lingüístico, y que más adelante llamaré ‘norma formal’ (o ‘sobre la formación’), es en realidad una norma compleja, cuya plena observancia depende de la observancia de las distintas normas deónticas que la componen y que tienen por objeto los distintos elementos que integran la forma del acto (T9.4). Por ejemplo, la norma deóntica sobre la formación de las leyes incluye una multiplicidad de subnormas deónticas que disciplinan otras tantas actividades como requisitos obligatorios de la ‘forma’ de ley: como la propuesta por un sujeto legitimado para ello, la aprobación por mayoría del Parlamento, la promulgación por el presidente de la República y la publicación en la *Gaceta Oficial*. Lo mismo cabe decir de la norma sobre la formación de un contrato de compraventa de inmuebles, que incluye como subnormas deónticas las que prevén la forma escrita, la firma de las partes, el registro y otras similares.

T9.1 $(f)(x)(\text{FORfx} \rightarrow (\exists r)(\text{OSSfr} \cdot \text{OBBf} \cdot \text{REGrf} \cdot \text{RIPrf} \cdot \text{RDErf} \cdot \text{NDERx} \cdot \text{REGrx} \cdot \text{ATTx}))$ D9.1, D2.4, T4.60

T9.2 $(f)(x)(\text{FORfx} \rightarrow (\exists y)(\text{SEGx} \cdot \text{CAUxy} \cdot \text{SIGyx}))$ D9.1, D5.1

T9.3 $(f)(x)(\text{FORfx} \rightarrow (\exists r)(\text{OSSfr} \cdot \text{OBBf} \cdot \text{NIPrf} \cdot \text{NDERf} \cdot \text{NDERx} \cdot \text{ATTx}))$ T9.1, D8.5, D8.4

T9.4 $(r)(x)(f)((\text{NDERx} \cdot \text{ATTx} \cdot \text{FORfx}) \rightarrow (\text{OSSxr} \rightarrow (\text{OSSfr} \cdot \text{NDERf} \cdot \text{FORfx})))$ D9.1, T4.67, T1.39, D8.5, T4.66

La segunda tesis hace referencia al nexo entre los dos elementos —la forma y el significado— que componen la estructura del acto. Dicha tesis afirma que, dentro de ese particular universo lingüístico que es el derecho, formas y significados de la comunicación jurídica se implican recíprocamente, en virtud de las obligaciones de observar las primeras impuestas por las normas que las prevén como condiciones necesarias

y suficientes de la producción como efectos de los segundos (T9.5). Las formas, por lo tanto, mantienen con los significados una compleja relación biunívoca mediada por las normas hipotético-deónticas que las establecen (T9.6): de un lado, para que los actos de los que son formas sean causa de los significados que expresan, éstas deben observar al menos algunas de las normas hipotético-deónticas que las prevén como sus requisitos (T9.7); de otro, inversamente, cuando observan las obligaciones impuestas por al menos algunas de tales normas, dichas formas confieren a tales actos la condición de causa de sus significados (T9.8).

- T9.5 (x)(f)(w)((ATTx · (r)(OSSfr · OBLwf · REGrw · REGrf · REGrx · NDErx)) → (FORfx ≡ (∃y)(SIGyx · EFFyx))) D9.1, T5.37, T4.2
- T9.6 (f)(x)(FORfx → ((∃y)(CAUxy · SIGyx) ≡ (∃r)(OSSfr · NIPrf · NDErf · NDErx))) T9.2, T9.3
- T9.7 (x)(f)((ATTx · FORfx) → ((∃y)(CAUxy · SIGyx) → (∃r)(OSSfr · NIPrf · NDErf · NDErx))) T9.6
- T9.8 (x)(f)((ATTx · FORfx) → ((∃r)(OSSfr · NIPrf · NDErf · NDErx) → (∃y)(CAUxy · SIGyx))) T9.6

La tercera tesis, conectada con las dos primeras, hace referencia a la relevancia de la forma a los fines, por un lado, de la existencia y, por otro, de la regularidad de los actos productores de significado. Y se basa en el uso de los cuantificadores —absolutamente decisivo, como se verá, para comprender las distintas condiciones de una y de otra— en la definición de ‘forma’ y en las definiciones que enseguida se estipularán de ‘acto formal’, ‘decisión’, ‘vigencia’, ‘validez’ e ‘invalidéz’. No todas las formas, podemos decir ya, son esenciales para la *existencia* del acto. A tal fin, como acaba de decirse, es necesario y suficiente (T9.6-T9.8) que se observen al menos algunas de ellas. La observancia de todas las formas es en cambio necesaria para que el acto, además de ser existente, sea también permitido por las normas que lo prevén (T9.9) y por lo tanto sea regular o, como diremos mejor, *formalmente válido*. Y a la inversa, mientras que la inobservancia de alguna de las normas en materia de forma genera un acto prohibido (T9.10), o como diremos mejor en su momento, *formalmente inválido*, la inobservancia de todas comporta la *inexistencia* de la forma y, con ella, del propio acto (T9.11, T9.12). Y en fin, como muestra el signo de implicación en lugar de equivalencia en D9.1 y en T9.9, ni siquiera la observancia de todas las formas es suficiente, además de necesaria, para que el acto sea permitido y por lo tanto regular o válido. En efecto, como veremos en los § 9.9 y 9.10, para ello se requiere también, cuando se trate de decisiones, la observancia de todas las normas que vinculan su significado y de la que depende la que llamaré *validez sustancial*⁴.

- T9.9 (f)(x)((ATTx · FORfx) → (PERx → (r)(OSSfr · NDErf · NDErx · REGrx))) D9.1, D8.5, T4.66

T9.10	$(f)(x)((ATTx \cdot FORfx) \rightarrow ((\exists r)(IOSfr \cdot NDErf \cdot NDErx) \rightarrow VIEx))$	
		T9.9, T4.67, T1.39, T4.70, T8.29, T4.68
T9.11	$(f)(\neg(\exists r)(OSSfr \cdot NDErf) \rightarrow \neg(\exists x)(FORfx \cdot ATTx))$	T9.3
T9.12	$(f)((r)(IOSfr \cdot NDErf) \rightarrow \neg(\exists x)(FORfx \cdot ATTx))$	T9.3, T4.70

En suma, la observancia de normas exigida a los actos productores de significados jurídicos es un fenómeno complejo que hace referencia no sólo al *an*, sino también al *quomodo* y al *quid* de la producción jurídica. En relación con la legislación, podemos identificar con el «ius-formalismo», el «ius-positivismo» y el «ius-constitucionalismo» las tres dimensiones de esta complejidad, relativas a los tres elementos indicados y correspondientes a otras tantas etapas del desarrollo histórico de la experiencia jurídica.

El *formalismo jurídico* representa, en virtud de lo dicho hasta aquí, un rasgo intrínseco del derecho en cuanto tal: «derecho» en efecto —también en los ordenamientos premodernos e incluso en los primitivos— siempre ha sido sólo el producido bajo determinadas formas, es decir, mediante determinados procedimientos y por obra de sujetos formalmente legitimados para su producción⁵: piénsese en el carácter mágicamente performativo que en el derecho romano se asociaba a la fórmula solemne de la *mancipatio*⁶. La fuerza constitutiva de las palabras —el *an* de su relevancia para el derecho— siempre se asocia a que adopten alguna forma jurídica. En efecto, sólo gracias a su forma, o sea, a su expresión en lengua jurídica, un comportamiento lingüístico puede reconocerse como ‘acto’ y pueden asociarse a él significados jurídicos. Una decisión carente de toda forma, por ejemplo porque ha sido producida por un sujeto manifiestamente incompetente, carece también de significado jurídico, no siendo ni siquiera una decisión jurídicamente existente.

Lo que caracteriza al *positivismo jurídico* es el hecho añadido de que tales formas vienen asimismo enteramente predeterminadas por normas, producidas a su vez por actos normativos dotados de forma; y que, por consiguiente, la lengua jurídica positiva no es nunca natural sino siempre artificial. *Auctoritas, non veritas facit legem* es la tantas veces recordada máxima hobbesiana sobre la que el iuspositivismo se funda. Pero para que una prescripción sea reconocida como «hecha» por una autoridad es necesario que estén codificadas y sean reconocibles las formas subjetivas y objetivas (es decir, el *quomodo*) que hacen de su producción un acto de la autoridad⁷. Y es precisamente de la claridad de las normas que codifican tales formas, así como de la taxativa distinción efectuada por ellas entre las formas requeridas como condiciones de existencia y las requeridas como condiciones de regularidad, de lo que depende la certeza formal del derecho y, por lo tanto, de la comunicación jurídica.

No hacen en cambio referencia a las formas, sino a los significados o a los contenidos (es decir, al *quid*) de los actos preceptivos y en particular de los normativos, los rasgos distintivos del *constitucionalismo*

jurídico: en virtud de los cuales, como mostraré, la lengua jurídica no es únicamente una lengua artificial, sino que es además una lengua en la que están más o menos rígidamente preestablecidas no sólo las reglas sintácticas sobre la formación de los actos lingüísticos sino también las semánticas sobre los significados o contenidos admitidos o autorizados en ella. Bajo este aspecto el constitucionalismo es un perfeccionamiento del positivismo jurídico y el estado constitucional de derecho una prolongación del estado legislativo de derecho. Por lo demás, quedaría tan sólo añadir que los vínculos de contenido impuestos por las reglas semánticas a los significados de los actos normativos producidos suelen ser, por su significado más indeterminado, menos rígidos que los empíricamente más determinados requisitos de forma impuestos por las reglas sintácticas sobre sus formas; y el grado de certeza sustancial que permiten alcanzar es por consiguiente menor que el de certeza formal.

9.3. *Actos formales o lingüísticos y actos informales o no lingüísticos.* *Mera y estricta legalidad*

Llegados a este punto la distinción entre actos formales y actos informales es extremadamente simple. Son *formales* los actos dotados de forma; son *informales* los actos que no lo están.

D9.2 'Acto formal' es todo acto dotado de forma.

(x)(AFOx \equiv (ATTx \cdot (\exists f)FORfx))

D9.3 'Acto informal' es todo acto no dotado de forma.

(x)(AINx \equiv (ATTx \cdot \neg (\exists f)FORfx))

Obtenemos de este modo una primera gran división de toda la clase de los actos jurídicos que es dicotómica y al mismo tiempo exhaustiva (T9.13-T9.15). Los actos formales, por oposición a los informales (T9.14), son comportamientos en sentido lato lingüísticos, o sea, consistentes en signos dotados de significado (T9.16), cuya eficacia depende de las formas en las que se expresan (T9.17): como las leyes, los actos administrativos, las sentencias, los negocios jurídicos y, también, las autorizaciones, las aprobaciones, las ratificaciones, las certificaciones, las notificaciones y otros similares. Los actos informales en cambio son los actos no formales (T9.15), cuya eficacia no requiere ninguna forma de expresión (T9.18): entran aquí todos los actos no lingüísticos (T9.19), como los delitos, los actos de pago, la satisfacción de prestaciones y otros similares. La naturaleza en sentido lato «lingüística» de los actos formales no requiere necesariamente una forma verbal. Un comportamiento inequívoco —por ejemplo, el gesto con el que cojo un periódico

en un quiosco y lo muestro al quiosquero abonándole el precio— no es un acto verbal, pero es sin duda un acto formal, en sentido lato lingüístico, que por su forma inequívoca puede interpretarse como un signo dotado del significado jurídico de una manifestación de voluntad, en concreto de una propuesta de compraventa⁸.

T9.13	$(x)(ATTx \equiv (AFOx \vee AINx))$	D9.2, D9.3
T9.14	$(x)(AFOx \equiv (ATTx \cdot \neg AINx))$	D9.2, D9.3, T9.13
T9.15	$(x)(AINx \equiv (ATTx \cdot \neg AFOx))$	D9.2, D9.3, T9.13
T9.16	$(x)(AFOx \rightarrow (COMx \cdot SEGx \cdot (\exists y)SIGyx))$	D9.2, T5.16, T9.2
T9.17	$(x)(AFOx \rightarrow (EFCx \equiv (\exists f)FORfx))$	D9.2, T5.41
T9.18	$(x)(AINx \rightarrow (EFCx \equiv \neg(\exists f)FORfx))$	D9.3, T5.41
T9.19	$(x)((ATTx \cdot \neg SEGx) \rightarrow AINx)$	D9.3, T9.2

Los actos formales, a su vez, serán divididos en el § 9.5 en dos subclases: los ‘*actos preceptivos*’, que son todos los actos consistentes en preceptos, desde los negocios privados hasta las disposiciones públicas, y cuyo significado es una norma, una situación o un estatus; y los ‘*actos instrumentales*’, que son actos necesarios para el perfeccionamiento de los actos preceptivos en cuanto elementos de su forma pero dotados, dentro del procedimiento decisonal, de eficacia autónoma: como las propuestas de contratación, las citaciones a juicio, las denuncias, las notificaciones, las autorizaciones, las aprobaciones y otros similares. A su vez los actos preceptivos serán divididos en el § 9.6 en ‘*decisiones*’ y ‘*actos constitutivos*’, según que sus significados sean decididos por sus propios autores, y estén por eso sometidos al respeto a las normas supraordenadas, o vengan directamente predispuestos por las normas que los prevén.

Lo que tienen en común todos los actos formales es su naturaleza de actos lingüísticos, cuya forma jurídica es condición necesaria y suficiente de su existencia (T9.20) como signos y al mismo tiempo causas de sus significados (T9.21, T9.22). Todos, en efecto, se caracterizan estructuralmente por dos elementos: por (al menos) una forma y por (al menos) un significado (T9.23). Y puesto que todos los actos de producción del derecho son formales, es precisamente en la naturaleza lingüística de los mismos en lo que se basa la concepción del derecho como lengua y como lenguaje. En cambio, los actos informales —como los ilícitos o los cumplimientos contractuales— al no ser actos lingüísticos no requieren ninguna forma y no expresan ningún significado (T9.24) sino que cobran relevancia para el derecho únicamente a causa de su intrínseca materialidad.

T9.20	$(x)(AFOx \equiv (\exists f)FORfx)$	D9.2, T9.1
T9.21	$(x)(AFOx \rightarrow (\exists y)(SEGx \cdot SIGyx))$	D9.2, T9.2
T9.22	$(x)(AFOx \rightarrow (\exists y)(CAUxy \cdot SIGyx))$	D9.2, T9.2
T9.23	$(x)(AFOx \equiv (ATTx \cdot (\exists f)(\exists y)(FORfx \cdot SIGyx)))$	D9.2, T9.21
T9.24	$(x)(AINx \equiv (ATTx \cdot \neg(\exists f)(\exists y)(FORfx \cdot SIGyx)))$	T9.15, T9.23, T9.20

De ello se deriva que los actos formales, al venir siempre disciplinados por las reglas que predeterminan su forma (T9.25), no son nunca, en virtud de nuestro postulado P13 y de su corolario T5.54, actos constituyentes (T9.26). Por eso están siempre sometidos al *principio de legalidad* en los dos sentidos en los que tal principio ha sido articulado en los §§ 8.5 y 9.1: al principio de *mera legalidad* relativo a los actos (T9.27) y al de *estricta legalidad* relativo a sus efectos (T9.28). Y a la inversa, el acto constituyente, al no estar sometido a reglas (T5.56), no reproduce ninguna forma normativamente predispuesta (T9.29) y es siempre, por consiguiente, un acto informal (T9.30, T12.43).

T9.25 $(x)(AFOx \rightarrow (\exists r)(\exists f)(REGrx \cdot RPrf \cdot FORfx))$	D9.2, T9.1
T9.26 $(x)(AFOx \rightarrow (ATTx \cdot \neg COSx))$	D9.2, T9.25, T5.54
T9.27 $(x)(AFOx \rightarrow (\exists r)NDERx)$	T9.26, T8.60
T9.28 $(y)(x)((EFFyx \cdot AFOx) \rightarrow (\exists r)(NDERx \cdot REGrx \cdot REGry))$	T8.67, T9.26
T9.29 $(x)((ATTx \cdot COSx) \rightarrow \neg(\exists f)FORfx)$	T5.56, T9.1
T9.30 $(x)((ATTx \cdot COSx) \rightarrow AINx)$	T9.29, D9.3

Se comprende así que el principio de legalidad de los actos formales, en las dos dimensiones en las que ha sido descompuesto, presente un valor político central y una específica complejidad estructural que requerirán un largo análisis en este y en los próximos capítulos. Mientras que, en efecto, el principio de mera legalidad concierne a las formas, el de estricta legalidad concierne a los significados que los actos formales pueden producir como efectos y que en el caso de los actos preceptivos equivalen a su propio contenido prescriptivo.

En concreto, en virtud del *principio de mera legalidad* —que he formulado ya en una primera aproximación con las tesis T5.7 y T8.59-T8.66 y que en referencia a las formas llamaré también de *legalidad formal*— los actos formales no sólo están, como los otros actos (T8.60), previstos por normas deónticas (T9.27) y son inteligibles y reconocibles a partir de ellas (T9.31), sino que además, aunque su realización es facultativa, comportan siempre la observancia obligatoria de al menos alguna de esas normas, sin la cual no se dan ni formas ni actos formales (T9.32-T9.34); lo que es tanto como decir que dichos actos exigen siempre alguna forma, en ausencia de la cual los significados que expresan no se manifiestan como efectos suyos (T9.35). Los actos formales resultan así configurados como los signos cuyos significados tienen relevancia de efectos jurídicos —o, si se quiere, como los signos que son relevantes como causas de sus significados— merced a las formalidades con las que son expresados (T9.36, T9.37), y por consiguiente merced a la observancia de las normas deónticas que regulan su formación (T9.38) y que en el § 9.7 llamaré *normas formales* (D9.11).

T9.31 $(x)(AFOx \rightarrow (\exists r)((ATZxr \cdot SIGr \cdot NDERx) \vee (\exists y)(ATZxy \cdot SIGy \cdot REGry \cdot NDERx)))$	T9.26, T8.80
--	--------------

- T9.32 $(x)(AFOx \rightarrow (\exists f)(\exists r)(\exists w)(OSSfr \cdot OBLwf \cdot FORfx \cdot REGrw \cdot REGrf \cdot NDERx))$ T9.20, D9.1
- T9.33 $(x)(AFOx \equiv (\exists f)(\exists r)(ATTx \cdot FORfx \cdot OSSfr \cdot OBBf \cdot NIPrf \cdot NDErf \cdot NDERx))$ D9.2, T9.3
- T9.34 $(x)(\neg(\exists f)(\exists r)(OSSfr \cdot RIPrf \cdot RDErf \cdot NDERx) \rightarrow (\neg(\exists f)FORfx \cdot \neg AFOx))$ T9.1, T9.20
- T9.35 $(x)(AFOx \rightarrow (\neg(\exists f)FORfx \equiv \neg(\exists y)(SIGyx \cdot EFFyx)))$ T9.20, T9.2, D5.1
- T9.36 $(x)(AFOx \equiv (\exists y)(\exists f)(SEGx \cdot SIGyx \cdot EFFyx \cdot FORfx))$ T9.20, T9.21, T9.22, D5.1
- T9.37 $(x)(AFOx \equiv (\exists y)(\exists f)(SEGx \cdot CAUxy \cdot SIGyx \cdot FORfx))$ T9.36, D5.1
- T9.38 $(x)(AFOx \equiv (\exists y)(\exists f)(\exists r)(SEGx \cdot SIGyx \cdot EFFyx \cdot FORfx \cdot OSSfr \cdot RIPrf \cdot RDErf \cdot NDERx))$ T9.20, T9.36, T9.1

Este nexo entre formas, normas y significados deriva del hecho de que los actos formales —a diferencia de los actos informales, como por ejemplo un delito o un acto de pago, cuyos efectos jurídicos vienen predeterminados por las normas con independencia de la voluntad de sus autores y en virtud simplemente de sus efectos naturales intrínsecos— son cabalmente actos lingüísticos, cuyos efectos jurídicos son los propios significados que expresan de acuerdo, cuando se trate de decisiones, a las intenciones y voluntades de sus autores. Es evidente que para atribuirles esa eficacia el ordenamiento exige que tales expresiones de voluntad se realicen en determinadas *formas*, aunque sólo sea porque únicamente un sistema de formas convencionalmente preestablecidas permite reconocerlas con relativa certeza como pertenecientes al discurso jurídico.

En otras palabras, un sujeto podrá expresarse en lenguaje jurídico y producir como efectos los significados de los signos que ha usado cuando en la formación de tales signos observe las reglas de uso de la lengua jurídica. Por lo demás, gracias al *principio de estricta legalidad* —que he formulado en una primera aproximación con las tesis T5.8 y T8.67-T8.71 y que en referencia a tales significados llamaré también de *legalidad sustancial*— esos actos formales que como veremos son las ‘decisiones’ (D9.9), justamente porque no sólo son, como los demás actos (T8.80), jurídicamente reconocibles y nominables de acuerdo con normas, sino que además producen como efectos los significados decididos por ellos mismos, están vinculados a la observancia, en el sentido de la coherencia o no contradicción, de las normas deónticas que en el § 9.7 llamaré *normas sustantivas* (D9.12).

Diremos, en suma, que de los dos elementos que componen todo acto formal —la *forma* y el *significado*— el primero condiciona su existencia como causa del segundo. Pero como veremos en los próximos párrafos ambos condicionan su regularidad —por un lado, la *vigencia* y, por otro, la *validez*, tanto *formal* como *sustancial*— en virtud de otras tantas normas sobre la producción sobre el conjunto de las cuales se basa toda la estructura, tanto nomodinámica como nomoestática, del estado de derecho.

9.4. Los actos informales: actos ilícitos, cumplimientos, incumplimientos

Dentro de la clase de los actos informales distinguiré ahora dos grandes categorías: la de los ‘actos ilícitos’, que definiré como los actos informales prohibidos, y la de los ‘cumplimientos’, que definiré como los actos informales obligatorios. Llamaré, por el contrario, ‘incumplimientos’ a los actos informales (obviamente ilícitos) consistentes en la omisión de un cumplimiento.

D9.4 ‘Ilícito’ es todo acto informal prohibido.

(x)(ILLx \equiv (AINx \cdot VIEx))

D9.5 ‘Cumplimiento’ es todo acto informal obligatorio.

(x)(ADEx \equiv (AINx \cdot OBBx))

D9.6 ‘Incumplimiento’ es todo acto informal cuya omisión es un cumplimiento.

(x)(INAx \equiv (AINx \cdot ADE \perp x))

De ello se sigue que el cumplimiento es el acto que obedece una obligación (T9.39) y satisface la correspondiente expectativa positiva (T9.40); que el ilícito es, por el contrario, el acto de desobediencia de una prohibición (T9.41) y de violación de la correspondiente expectativa negativa (T9.42); que lo mismo cabe decir del incumplimiento (T9.44, T9.45), que es un particular tipo de ilícito (T9.43) consistente en la omisión de una prestación obligatoria; y, en fin, que tanto el ilícito como el incumplimiento y el cumplimiento son actos informales (T9.46) y que los dos primeros se hallan en relación de incompatibilidad con el tercero⁹.

T9.39 (x)(ADEx \rightarrow (\exists y)(ATTx \cdot OTTx_y \cdot OBLyx))

D9.5, D9.3, T5.16, T2.80, D2.9

T9.40 (x)(ADEx \rightarrow (\exists y)(ATTx \cdot SODxy \cdot ASPyx))

T9.39, T2.105

T9.41 (x)(ILLx \rightarrow (\exists y)(ATTx \cdot INOxy \cdot DIVyx))

D9.4, D9.3, T5.16, T2.81, D2.10

T9.42 (x)(ILLx \rightarrow (\exists y)(ATTx \cdot VIOxy \cdot ASPy \perp x))

T9.41, T2.106

T9.43 (x)(INAx \rightarrow ILLx)

D9.6, D9.5, T1.8, D9.4

T9.44 (x)(INAx \rightarrow (\exists y)(ATTx \cdot INOxy \cdot DIVyx))

T9.43, T9.41

T9.45 (x)(INAx \rightarrow (\exists y)(ATTx \cdot VIOxy \cdot ASPy \perp x))

T9.43, T9.42

T9.46 (x)((ILLx \vee ADEx \vee INAx) \rightarrow AINx)

D9.4, D9.5, D9.6

T9.47 (x)((ILLx \vee INAx) \rightarrow (AINx \cdot \neg ADEx))

D9.4, T9.43, D9.5, T1.19

La distinción entre actos ilícitos (incluidos los incumplimientos) y cumplimientos no agota en absoluto el ámbito de los actos informales. Quedan fuera de ella todos los actos informales *facultativos*¹⁰: como las costumbres, que como luego veremos son fuentes informales (D12.32,

T12.144), la gestión de negocios ajenos, la ocupación de cosas muebles como acto de adquisición originaria, el trabajo productor de bienes y, en general, todos los actos *iniciales*, comenzando por el acto constituyente (T9.30, T12.44), de los que arrancan las secuencias representadas por las tesis T6.49, T6.51, T8.82 y T8.84¹¹. Por otro lado, también son siempre actos informales —y más concretamente actos ilícitos, sanciones o cumplimientos— los actos *finales* de esas mismas redes o secuencias: en el doble sentido de que marcan *el fin* (o sea, la extinción) de la secuencia, al tratarse de actos no lingüísticos y, por lo tanto, no expresivos de ulteriores significados deónticos destinados a ser actuados después, y de que se corresponden con lo que en última instancia el derecho tiene como *fin* (o sea, como objetivo) impedir (en cuanto prohibido) o conseguir (en cuanto obligatorio). Tal vez ello explique la centralidad atribuida por las teorías jurídicas imperativistas a los actos ilícitos y a sus sanciones, así como a los cumplimientos con los que los primeros son omitidos y las segundas aplicadas.

Como puede demostrarse a partir de los postulados P13 y P14, el más relevante de los actos informales facultativos es el acto constituyente (T9.48), que consiste en el ejercicio de una facultad (T9.49) que en su momento identificaré con el poder constituyente (T12.3). Así, hemos caracterizado el acto constituyente, mediante sucesivas connotaciones, como acto no regulado (T5.56, T8.57), atípico (T5.11, T8.65), facultativo (T6.83) e informal (T9.30), aun cuando, como veremos en el § 12.3, consiste en un acto institutivo (D12.3). En cambio, y como es obvio, al ser obligatorios o prohibidos, no son constituyentes, sobre la base del postulado P14, ni los actos ilícitos ni los cumplimientos ni los incumplimientos (T9.50), los cuales están sujetos, a diferencia del acto constituyente, al *principio de legalidad* (T9.51): los actos ilícitos como inobservancia (T9.52) y los cumplimientos como observancia de normas deónticas (T9.53).

T9.48 $(x)((ATTx \cdot COSx) \rightarrow (AINx \cdot FCOx))$ T9.30, T6.83

T9.49 $(x)((ATTx \cdot COSx) \rightarrow (\exists y)(AINx \cdot ESEy \cdot FACyx))$

T9.48, T5.16, T2.79, D2.8

T9.50 $(x)((ILLx \vee ADEx \vee INAx) \rightarrow (ATTx \cdot \neg COSx))$

D9.4, D9.5, T9.13, T9.43, T6.84

T9.51 $(x)((ILLx \vee ADEx \vee INAx) \rightarrow (\exists r)NDERx)$

T9.50, T8.60

T9.52 $(x)(ILLx \rightarrow (\exists r)(IOSxr \cdot NDERx))$

T9.51, T8.35, T4.67, T1.45, D9.4

T9.53 $(x)(ADEx \rightarrow (\exists r)(OSSxr \cdot NDERx))$

T9.51, T8.35, T4.68, T1.16, D9.5

El principio de legalidad de los actos informales es evidentemente más simple que el principio de legalidad de los actos formales. En efecto, al no ser los actos informales actos lingüísticos que requieran vínculos de forma o de significado, las dos dimensiones en las que ese principio se articula se limitan a la calificación deóntica de dichos actos y a la predeterminación más o menos rígida de sus efectos. En concreto, en virtud del *principio de mera legalidad*, los ilícitos y los cumplimientos se confi-

guran como supuestos de hecho de significados normativos (T9.54), inteligibles los unos como desobediencia de prohibiciones (T9.55) y los otros como obediencia de obligaciones (T9.56) a la luz de normas que en el § 10.18 llamaré ‘primarias’. En virtud del *principio de estricta legalidad*, también sus efectos, y por lo tanto su eficacia, vienen a su vez predeterminados por normas (T9.57-T9.58) que llamaré ‘secundarias’. En materia penal, por ejemplo, el primer principio es el de legalidad de los delitos y el segundo el de legalidad de las penas. La expresión «principio de estricta legalidad de los delitos» es, en cambio, una fórmula elíptica que se refiere en realidad a la ley que prevé los delitos, a la que impone la configuración de los mismos en los términos más precisos y taxativos posibles. En efecto, si sometemos a análisis este principio es fácil advertir que no se refiere directamente a los delitos, sino al significado (o, si se quiere, al efecto) de las leyes penales que los prevén. Más concretamente, dicho principio se identifica con una regla semántica metalegal de formación de la *lengua legal* que prescribe al legislador connotar los términos que denotan delitos de la manera más precisa posible a fin de permitir su uso en el *lenguaje judicial*, como predicados de los hechos constatados, en tesis susceptibles de verificación y de refutación empírica¹². Obviamente podremos seguir hablando de los principios de mera y de estricta legalidad (del supuesto de hecho) penal: siempre que esté claro que el primero se refiere a los delitos y a su constatación judicial y el segundo, en esta formulación elíptica e impropia, a la ley que los prevé.

T9.54 (x)((ILLx v ADEx v INAx) → (∃r)((SIGr · ATZxr · NDErx) v (∃y)(SIGy · ATZxy · REGry · NDErx))) T9.50, T8.80

T9.55 (x)((ILLx v INAx) → (∃y)(∃r)(SIGy · INOxy · DIVyx · NDErx · IOSxr)) T9.41, T2.43, P6, T9.43, T9.52

T9.56 (x)(ADEx → (∃y)(∃r)(SIGy · OTTxy · OBLyx · NDErx · OSSxr)) T9.39, T2.43, P6, T9.53

T9.57 (y)(x)((EFFyx · (ILLx v ADEx v INAx)) → (∃r)(NDErx · REGrx · REGry)) T9.50, T8.67

T9.58 (x)((ILLx v ADEx v INAx) → (∃r)(∃y) (NORr · REGrx · EFCx · REGry · EFFyx)) T9.50, T8.68

Sin embargo, el principio de estricta legalidad de los actos ilícitos, en el sentido propiamente dicho de la predeterminación normativa de sus efectos, no siempre resulta satisfecho en la práctica. Bien puede suceder, debido a la naturaleza nomodinámica del derecho positivo, que las normas que prohíben un acto (las que en el § 10.18 llamaré ‘primarias’) no vengán acompañadas por normas (las que llamaré ‘secundarias’) que predispongan una sanción en actuación de la responsabilidad consiguiente. Éste es el caso de muchas obligaciones y prohibiciones constitucionales e internacionales, para las que no siempre se ha previsto el remedio de la anulación o de la sanción para los respectivos actos de desobediencia. También por esto he preferido definir el ilícito como acto informal prohibido en lugar de definirlo, según el esquema kelseniano,

como el presupuesto —o, como diremos aquí, la causa— de la sanción¹³; del mismo modo que más adelante identificaré los actos ‘inválidos’ no ya con el presupuesto o la causa de la anulación sino con los actos formales prohibidos por no observar las normas sobre su producción. Tal opción es, en realidad, la única que permite dar cuenta de las normas carentes de sanción sin negar su significado prescriptivo y por ello mismo su propio carácter de ‘normas’¹⁴. En efecto, mientras que la definición de ‘ilícito’ como acto sancionable impide, en ausencia de normas sobre la aplicación de la sanción, no sólo calificar como ‘ilícito’ un acto informal prohibido sino también dotar de sentido y relevancia a las normas que lo prohíben, la definición aquí propuesta permite explicar la falta de las normas sancionatorias como una *laguna jurídica* que ha podido darse, como veremos en el próximo capítulo, debido al carácter nomodinámico del derecho positivo: más exactamente, como la omisión de la creación de normas de garantías secundarias, es decir, de sanciones, que la teoría, en virtud de su papel pragmático, tiene la tarea de identificar como un vicio del ordenamiento.

De aquí se derivan consecuencias de enorme relevancia. Piénsese en los incumplimientos por parte del Estado de las obligaciones correspondientes a los derechos sociales, y en las violaciones por parte de los Estados y de la comunidad internacional de los derechos humanos establecidos por las cartas internacionales: tales omisiones pueden configurarse como ilícitos independientemente de la ineffectividad que en su momento llamaré ‘secundaria’ —por ausencia de las correspondientes garantías— de la responsabilidad de los sujetos institucionales a los que son imputables. Y piénsese, por otro lado, en el derecho internacional y en la configuración jurídica de la guerra. Para sostener que la guerra es, al menos en la mayoría de los casos, un ilícito, Kelsen se vio obligado a buscar algún tipo de sanción para ella y por lo tanto a sostener —debido a la falta en el derecho internacional de otras técnicas sancionatorias idóneas para combatirla— que el *bellum iustum*, esto es, la guerra como respuesta a una violación previa del derecho internacional, constituye ella misma una sanción¹⁵. Y esto a pesar incluso del derecho vigente, que con la Carta de la ONU ha proscrito la guerra permitiendo únicamente la legítima defensa contra ataques armados. Por el contrario, la definición del ilícito, sea omisivo o comisivo, simplemente como acto informal prohibido, al mismo tiempo que permite reconocerlo aún en ausencia de sanciones, sirve para configurar tal ausencia como una laguna indebida del ordenamiento, sea estatal o internacional.

No se trata de una cuestión de palabras. Se trata, antes bien, del reconocimiento del carácter normativo y no simplemente explicativo —como *principium iuris tantum*, aunque no *in iure*— de la relación de implicación entre desobediencia de los deberes y aplicación de los correspondientes efectos reparatorios o sancionatorios y, antes aún, entre existencia de los derechos y existencia de los correspondientes deberes. Esta tesis —como se ha dicho desde los §§ 6 y 7 de la Introducción y lue-

go en los §§ 2.7 y 8.7, y como más adelante se verá aún mejor— reviste una importancia crucial en la teoría del estado de derecho y de la democracia constitucional. En particular, como se verá en la cuarta parte, la calificación como ilícitos de la guerra y de las violaciones de los derechos fundamentales cometidas por los Estados es el presupuesto jurídico de la construcción de una democracia internacional; del mismo modo que la configuración de las sanciones para tales ilícitos (y también de las anulaciones de los actos inválidos) como técnicas de garantía de los principios violados por ellos permite concebir su ausencia como ‘lagunas’ que la comunidad internacional tiene la obligación de colmar.

Todo esto no quita para que también el ilícito, al ser un acto, sea siempre el presupuesto o causa de un efecto. Pero conviene reiterar que este efecto no se identifica directamente con la aplicación de la sanción, como afirma Kelsen con su conocida fórmula «si A, entonces debe ser B». Ésta, como se dijo en los §§ 5.7 y 6.4, es una tesis elíptica que omite y oculta el verdadero efecto deóntico del acto ilícito, que no es la imposición de la sanción, la cual es a su vez un acto y por lo tanto no puede ser cabalmente concebida como un efecto, sino precisamente su «deber ser», es decir, la obligación jurídica de la condena a una sanción, correlativa a la expectativa de dicha condena que en el § 10.15 será identificada con esa específica situación que es la «responsabilidad» de quien ha cometido el ilícito (D10.36). Esta situación es el efecto jurídico del acto ilícito, que se produce con independencia no sólo de su efectividad real sino también de la efectiva existencia de técnicas adecuadas para hacerla efectiva. En suma, la presencia de *lagunas* jurídicas que llamaré también *secundarias*, es decir, la ausencia de esas técnicas disuasorias (mediante sanciones) o reparatorias (mediante anulaciones) que en su momento llamaré a su vez *garantías secundarias*, no excluye la calificación de los comportamientos jurídicamente prohibidos como ‘actos’ ilícitos o como ‘actos’ inválidos. Todo lo más esa presencia confirma, de un lado, la imperfección jurídica del derecho positivo por la virtual ineffectividad de sus normas y por la carencia de las técnicas de garantía necesarias para asegurar su observancia; de otro, el papel crítico y normativo que tal imperfección, vinculada al carácter positivo y nomodinámico del derecho, asigna a la ciencia jurídica.

9.5. Los actos formales: actos preceptivos y actos instrumentales

Bastante más compleja que la tipología de los actos informales, articulada simplemente sobre la base de sus modos deónticos, es la de los actos formales, que exige el análisis de las condiciones tanto de forma como de contenido en presencia de las cuales están habilitados, por las normas que los prevén, a producir como efectos sus significados.

Retomando la noción amplia de «constitutividad» formulada en el § 4.3 y retomada en el § 5.7, podemos aclarar en qué sentido todos los

actos formales son, en cuanto actos, constitutivos en sentido lato: en el sentido, específicamente jurídico, de que *constituyen* sus significados en cuanto son sus *causas*. En este sentido la constitutividad de significados propia del lenguaje jurídico es simplemente un rasgo específico de la causalidad, o sea, de la eficacia de los actos que los expresan: es la eficacia específica de los actos formales, cuya existencia o relevancia jurídica está vinculada a su naturaleza de signos idóneos para producir como efectos, gracias a las formas en las que son formulados, los significados que expresan.

Por otra parte, la constitutividad en sentido lato de significados jurídicos puede ser de dos tipos. Puede estar vinculada a la naturaleza preceptiva de los actos formales, o sea, al carácter prescriptivo de sus significados, e identificarse por lo tanto con la prescriptividad jurídica: es el caso de los actos formales más importantes, como las leyes, los negocios privados y las disposiciones públicas, que constituyen las normas, las situaciones o los estatus que son sus efectos. Pero también puede estar conectada al papel por así decir auxiliar desempeñado por algunos actos formales, como las notificaciones, los registros, las certificaciones, las autenticaciones y otros similares, que son actos lingüísticos cuyo efecto, pese a no ser una situación, una norma o un estatus, es sin embargo relevante como presupuesto o como elemento de la forma de otro acto formal.

De otro lado, como se ha dicho en general para los preceptos en el § 4.3, en relación con algunos actos preceptivos puede hablarse no sólo de una constitutividad en sentido lato, en cuanto actos productores de modalidades o de expectativas consistentes en situaciones, sino también de una constitutividad en sentido estricto, es decir, en cuanto actos productores de estatus ónticos de los sujetos o de los objetos de los que se predicán. Piénsese en el matrimonio, en los actos institutivos de personas jurídicas, en la concesión de la ciudadanía, en la calificación normativa de una cosa como «arma», o «sustancia estupefaciente», o «bien de interés artístico» u otros similares. Propongo, pues, dos distinciones, ninguna de ellas dicotómica: la de los actos formales en *actos preceptivos* y *actos instrumentales* y la de los actos preceptivos en *decisiones* y *actos constitutivos*, que formularé en el próximo parágrafo.

Conforme a la primera distinción son '*preceptivos*' los actos formales que consisten en preceptos y producen, como significados suyos, prescripciones jurídicas, es decir, situaciones, estatus o normas, sean éstas deónticas o constitutivas. Son, en cambio, '*instrumentales*' los actos formales que no consisten necesariamente en preceptos pero que son en todo caso necesarios para el perfeccionamiento de los actos preceptivos. Los primeros, como veremos en el próximo capítulo, consisten siempre en actos de ejercicio —más o menos autónomo o vinculado— de una situación de poder. Los segundos, en cambio, consisten en actos de observancia de cargas, impuestas por normas deónticas sobre la formación de los actos preceptivos como requisitos de forma de los ejercicios de poder en que estos últimos consisten.

D9.7 'Acto preceptivo' es todo acto formal consistente en un precepto y que tiene por efecto y significado, bien normas o situaciones que está habilitado a producir a condición de que se observen todas las normas deónticas de grado supraordenado a ellas, o bien estatus preconstituídos como efectos suyos por la norma hipotético-constitutiva que lo prevé.

$$(x)(y)(APR_{xy} \equiv (AFO_x \cdot PRE_x \cdot CAU_{xy} \cdot SIG_{yx} \cdot PRS_y \cdot (((NOR_y \vee SIT_y) \cdot (PER_x \rightarrow (r)(SIG_{yx} \cdot OSS_{yr} \cdot NDER_x \cdot REG_{rx} \cdot REG_{ry} \cdot GSO_{ry})))) \vee (\exists z)(\exists r)(STG_{yz} \cdot NIP_{ry} \cdot NCO_{rx}))))$$

D9.8 'Acto instrumental' es todo acto formal cuya comisión forma parte de la observancia de una norma deóntica sobre la formación de un acto preceptivo.

$$(f)(x)(AST_{fx} \equiv (\exists r)(AFO_f \cdot OSS_{fr} \cdot NDE_{rf} \cdot NDER_x \cdot FOR_{fx} \cdot (\exists y)APR_{xy}))$$

De estas dos categorías la más relevante es sin duda la de los *actos preceptivos*, de la que forman parte todos los actos lingüísticos prescriptivos de normas, de situaciones o de estatus: desde los negocios privados, como los contratos, las donaciones y los testamentos, hasta las disposiciones públicas, sean legislativas, administrativas o judiciales; desde las fuentes normativas y los actos prescriptivos de situaciones singulares, hasta los actos constitutivos de estatus, como los adscriptivos de capacidades o competencias, los nombramientos y las elecciones, las definiciones normativas y los actos institutivos de personas jurídicas o de sus órganos. Se trata, pues, de acuerdo con nuestra definición, de todos aquellos actos formales que consisten en preceptos (T9.59) y que tienen como significados las propias normas, situaciones o estatus que son sus efectos (T9.60) en virtud de la observancia de las formas preestablecidas para ellos por las normas deónticas que los prevén (T9.61).

$$T9.59 (x)(y)(APR_{xy} \rightarrow (AFO_x \cdot PRE_x)) \quad D9.7$$

$$T9.60 (x)(y)(APR_{xy} \rightarrow (AFO_x \cdot PRE_x \cdot SIG_{yx} \cdot PRS_y \cdot (NOR_y \vee SIT_y \vee STG_y) \cdot EFF_{yx})) \quad D9.7, D5.1$$

$$T9.61 (y)(x)(APR_{xy} \rightarrow ((PRE_x \cdot SIG_{yx} \cdot (NOR_y \vee SIT_y \vee STG_y) \cdot CAU_{xy}) \equiv (\exists f)(\exists r)(FOR_{fx} \cdot OSS_{fr} \cdot NDE_{rx}))) \quad T9.60, T9.20, T9.6, D5.1$$

De la categoría de los *actos instrumentales* forman parte, en cambio, todos los actos formales auxiliares o subsidiarios —directamente o a través de otros actos a su vez instrumentales— de actos preceptivos: como la propuesta y la aceptación del contrato, las notificaciones de los actos procesales, las proposiciones de ley y, en general, los actos de los procedimientos administrativos, judiciales y legislativos que preparan o perfeccionan los correspondientes preceptos. Lo que los caracteriza es el hecho de ser elementos o fragmentos de la forma de un acto preceptivo (T9.62) relevantes esencialmente como momentos particulares de la producción y de la comunicación jurídica. Las formas de los actos formales, ya se ha dicho, pueden consistir en efecto en los requisitos más

diversos: no sólo en elementos extrínsecos, como la formalización escrita y la publicidad, sino también, cuando se trata de actos mínimamente complejos, en la realización de actos procedimentales preparatorios o integradores de distinto tipo, como las preguntas, los informes, las autorizaciones y, también, las aprobaciones, las ratificaciones, las promulgaciones y otros similares. Podemos representar esta multiplicidad y heterogeneidad de los mismos mediante su descomposición y enumeración dentro de la tesis T9.20':

$$\begin{array}{c} f1 \\ f2 \\ f3 \\ \vdots \\ f^n \end{array}$$

T9.20' (x)(AFO_x \equiv ($\exists f$)FORf4_x)

Los actos instrumentales, en suma, consisten en requisitos de forma de otros actos —precisamente los preceptivos (T9.62)— que resultan obligatorios, como causas de procedibilidad y condiciones de validez, en observancia de las normas hipotético-deónticas que disciplinan la formación de estos últimos (T9.63). Dichos actos se ordenan en su conjunto en una secuencia que desemboca en un precepto (T9.64) y que denominamos '*procedimiento*'¹⁶, a través del cual, y al ser estos distintos actos competencia de sujetos diferentes, se realizan, como se verá en los §§ 12.5 y 14.9, esas específicas garantías que son, en la esfera pública, la distribución y la división funcional del poder (D12.7). Además, todo acto instrumental, al ser él mismo un acto formal, remite a dos normas, la primera de las cuales es un fragmento de la segunda: la norma deóntica sobre su formación como acto formal y aquella otra sobre la formación del acto preceptivo del que éste es instrumental y de cuya forma es un elemento (T9.65).

$$T9.62 \ (f)(x)(ASTf_x \rightarrow (FORf_x \cdot (\exists y)APR_{xy})) \quad D9.8$$

$$T9.63 \ (f)(x)(ASTf_x \equiv (\exists r)(AFOf \cdot OSSfr \cdot OBBf \cdot NIPrf \cdot NDErf \cdot NDErx \cdot FORf_x \cdot (\exists y)APR_{xy})) \quad D9.8, T9.3$$

$$T9.64 \ (f1)(f2)(f3)(f4)(f^n)(ASTf1_x \rightarrow (ASTf2_x \rightarrow (ASTf3_x \rightarrow (ASTf4_x \rightarrow (ASTf^n_x \rightarrow (FORf1_x \cdot FORf2_x \cdot FORf3_x \cdot FORf4_x \cdot FORf^n_x \cdot (\exists y)APR_{xy})))))) \quad T9.62$$

$$T9.65 \ (f)(x)(ASTf_x \rightarrow ((\exists r)(NDErf \cdot AFOf) \cdot (\exists r)(NDErx \cdot FORf_x \cdot (\exists y)APR_{xy}))) \quad D9.8, T9.27$$

Por lo demás, nuestra distinción entre actos preceptivos y actos instrumentales no es una clasificación exhaustiva y mucho menos alternativa. No es una clasificación exhaustiva dado que existen actos formales que no son ni preceptivos ni necesariamente instrumentales, como las certificaciones de estatus o de situaciones, o la concesión o la renovación

de un documento de identidad, o una moción parlamentaria no vinculante: al no producir situaciones o estatus, estos actos agotan normalmente sus efectos en los significados que expresan, sin insertarse necesariamente en el procedimiento de formación de ulteriores actos formales. Y no es una clasificación alternativa dado que un acto instrumental bien puede consistir a su vez en un acto preceptivo, creador de situaciones o de estatus pero instrumental de otro acto preceptivo: es el caso, por ejemplo, de las propuestas de contratación, de los proyectos de ley, de las autorizaciones de disposiciones administrativas, o de las ratificaciones de tratados internacionales. En suma, puede haber *actos instrumentales preceptivos*, accesorios de otros actos preceptivos y a la vez productores ellos mismos de significados jurídicos prescriptivos (T9.66).

T9.66 (f)(x)(y)((ASTfx · APRfy) → (∃r)(AFOf · PRef · CAUfy · SIGyf · PRSy · (NORy v SITy v STGy) · NDErf · NDErx · OSSfr · FORfx · (∃y")APRxy")) D9.8, T9.60, D5.1

Puede afirmarse incluso que la mayor parte de los actos instrumentales son actos preceptivos, esto es, consistentes, según la distinción que propondré en el siguiente párrafo, en decisiones o en actos constitutivos. Lo que no quita para que la categoría de los actos instrumentales sea una subclase esencial de los actos formales no reducible a la de los actos preceptivos: por ejemplo, añadir la firma al pie de un contrato o de una resolución es sin duda un requisito de forma del acto suscrito, y por consiguiente un acto instrumental de éste, pero desde luego no es un acto preceptivo; y lo mismo cabe decir de muchos otros requisitos de validez de los actos preceptivos —como la publicación de una disposición, el registro público de un acto o su notificación— que son igualmente actos formales en ningún sentido preceptivos.

9.6. Los actos preceptivos: decisiones y actos constitutivos

Hemos llegado así al análisis de la categoría de actos indudablemente más importante: la de los actos preceptivos. Descomponiendo la suma lógica con la que dicha categoría ha sido definida aquí (D9.7) obtenemos dos grandes subclases: la de las decisiones y la de los actos constitutivos, que se corresponden además, como otras tantas subclases, con las dos grandes clases de los preceptos deónticos y los preceptos constitutivos distinguidas en el capítulo IV (D4.4, D4.5, T4.25). Son '*decisiones*' los actos preceptivos cuyo efecto o significado prescriptivo consiste en una situación o en una norma que dichos actos están habilitados a producir observando todas las normas supraordenadas a ellas. Son '*actos constitutivos*' los actos preceptivos consistentes en preceptos constitutivos cuyo efecto o significado prescriptivo es un estatus jurídico.

D9.9 'Decisión' es todo acto preceptivo habilitado a producir como efectos las situaciones o las normas prescritas por él como significados, a condición de que se observen todas las normas deónticas de grado supraordenado a éstas.

$$(x)(y)(DEC_{xy} \equiv (APR_{xy} \cdot CAU_{xy} \cdot SIG_{yx} \cdot (SIT_y \vee NOR_y) \cdot (PER_x \rightarrow (r)(SIG_{yx} \cdot OSS_{yr} \cdot NDE_{rx} \cdot REG_{rx} \cdot REG_{ry} \cdot GSO_{ry}))))$$

D9.10 'Acto constitutivo' es todo acto preceptivo constitutivo cuyo significado prescriptivo no sea una situación sino un estatus jurídico.

$$(x)(y)(ACO_{xy} \equiv (APR_{xy} \cdot PCO_x \cdot CAU_{xy} \cdot SIG_{yx} \cdot \neg SIT_y \cdot (\exists z)STG_{yz}))$$

De estas dos categorías de actos preceptivos la más importante, por el papel central que ocupa en la teoría del derecho, es seguramente la de las *decisiones*. Se trata, ya se ha dicho, de aquellos actos preceptivos —como las leyes, las disposiciones administrativas, las sentencias y los negocios— que tienen como efectos, y a la vez como significados, *situaciones* o *normas jurídicas* (T9.67): deberes o poderes, obligaciones o prohibiciones, derechos subjetivos o funciones, normas deónticas o normas constitutivas. Los efectos de las decisiones consisten siempre en las propias situaciones o normas que constituyen sus significados (T9.68, T9.69). Pero lo contrario no es cierto, y muy bien puede suceder que (no desde luego una norma pero sí) una situación particular —por ejemplo la obligación de resarcir el daño y las diferentes figuras de responsabilidad subsiguientes a los actos ilícitos— sea el efecto de un acto informal.

$$\begin{array}{ll} \text{T9.67 } (x)(y)(DEC_{xy} \rightarrow (EFF_{yx} \cdot SIG_{yx} \cdot (SIT_y \vee NOR_y))) & \text{D9.9, D5.1} \\ \text{T9.68 } (y)(x)((EFF_{yx} \cdot DEC_{xy}) \rightarrow (SIG_{yx} \cdot (SIT_y \vee NOR_y))) & \text{T9.67} \\ \text{T9.69 } (y)((SIT_y \vee NOR_y) \rightarrow (x)(DEC_{xy} \rightarrow (SIG_{yx} \cdot EFF_{yx}))) & \text{T9.67} \end{array}$$

El principal rasgo distintivo de las decisiones frente a todos los demás actos formales es, sin embargo, el expresado por la segunda parte de nuestra definición. Dicho rasgo reside en el hecho de que los significados que producen como efectos, a diferencia de los estatus producidos por los actos constitutivos, son precisamente *decididos* por sus autores con relativa autonomía, y por consiguiente están sometidos a las normas deónticas de grado supraordenado y de cuya observancia depende su legitimidad (T9.70). En otras palabras, las decisiones son siempre manifestaciones de voluntad en lo relativo no sólo al *an* sino también al *quid* del acto, es decir, a su contenido o significado. Son siempre decisiones *de* algo, y este algo, sometido por eso a normas deónticas de grado supraordenado (T9.70), es el significado prescriptivo consistente en la situación o en la norma que es su efecto (T9.67).

$$\begin{array}{ll} \text{T9.70 } (x)(y)(DEC_{xy} \rightarrow (PER_x \rightarrow (r)(SIG_{yx} \cdot OSS_{yr} \cdot NDE_{ry} \cdot NDE_{rx} \cdot REG_{rx} \cdot REG_{ry} \cdot GSO_{ry}))) & \text{D9.9, D8.5, T4.66} \end{array}$$

Diferente discurso debe hacerse en cambio para los *actos constitutivos*, que son actos formales consistentes en preceptos constitutivos (T9.71) cuyo significado y cuyo efecto consisten en un estatus jurídico (T9.72). Tales actos se pueden dividir a su vez en dos clases (T9.73): los que constituyen ellos mismos estatus jurídicos normativos, es decir, normas tético-constitutivas (de estatus jurídicos), y que llamaré '*decisiones constitutivas*' (T9.74), cuya legitimidad está vinculada, como la de todas las decisiones, a la observancia de normas sobre su significado (T9.70, T9.78); y los que constituyen estatus no normativos preconstituidos por normas hipotético-constitutivas y que llamaré '*puramente constitutivos*' (T9.75), como por ejemplo el matrimonio, la adopción, los actos de nombramiento, la concesión de la ciudadanía, el reconocimiento de personalidad a una asociación y la constitución de una persona jurídica. Los actos constitutivos de este segundo tipo tienen una estructura diferente a la de las decisiones. Al tratarse de preceptos constitutivos son inmediatamente performativos de su significado («os declaro marido y mujer», «queda instituido el Tribunal de Prato», «te notifico tal citación», «registro tal contrato» y otras similares). Pero tal significado no queda librado, como en las decisiones (incluidas las constitutivas), a la voluntad —autónoma, discrecional o vinculada— de los autores de los actos, sino que viene rígidamente preestablecido por las normas hipotético-constitutivas que lo predisponen (T9.76): éstas, en efecto, no regulan deónticamente el significado mediante límites o vínculos susceptibles de ser o no ser observados, sino que lo preconstituyen ónticamente¹⁷.

T9.71 $(x)(y)(\text{ACO}_{xy} \rightarrow (\text{AFO}_x \cdot \text{APR}_x \cdot \text{PCO}_x))$ D9.10, T9.59

T9.72 $(x)(y)(\text{ACO}_{xy} \rightarrow (\text{EFF}_{yx} \cdot \text{SIG}_{yx} \cdot \text{PRSy} \cdot \text{STGy}))$ D9.10, D5.1, T4.7, T7.2

T9.73 $(x)(y)(\text{ACO}_{xy} \rightarrow ((\text{APR}_{xy} \cdot \text{CAU}_{xy} \cdot \text{STGy} \cdot \text{NTEy} \cdot \text{NCOy}) \vee (\text{APR}_{xy} \cdot \text{CAU}_{xy} \cdot \text{STGy} \cdot (\exists r)(\text{NIPr} \cdot \text{NCO}_r \cdot \text{REGry}))))$ D9.10, T8.75

T9.74 $(x)(y)((\text{DEC}_{xy} \cdot \text{ACO}_{xy}) \rightarrow (\text{STGy} \cdot \text{NORy} \cdot \text{NTEy} \cdot \text{NCOy}))$ T9.67, D9.10, T8.40

T9.75 $(x)(y)((\text{ACO}_{xy} \cdot \text{STGy} \cdot \neg \text{NORy}) \rightarrow (\text{ACO}_{xy} \cdot \neg \text{DEC}_{xy}))$ T9.67, D9.10

T9.76 $(x)(y)((\text{ACO}_{xy} \cdot \neg (\text{NTEy} \cdot \text{NCOy})) \rightarrow (\text{CAU}_{xy} \cdot \text{SIG}_{yx} \cdot \text{STGy} \cdot (\exists r)(\text{NIPr} \cdot \text{NCO}_r \cdot \text{REGry})))$ D9.10, T9.73

La distinción de los actos preceptivos en decisionales y constitutivos (T9.77) no es, por lo tanto, excluyente, y bien puede suceder que un mismo acto preceptivo sea a la vez una decisión y un acto constitutivo. Éste es justamente el caso de las *decisiones constitutivas*, es decir, de todos aquellos actos preceptivos que establecen normas tético-constitutivas de estatus normativos para la clase de individuos determinada por ellas mismas (T9.78): como por ejemplo las normas del código civil adscriptivas de la capacidad jurídica o de la capacidad de obrar. Ciertamente tales actos son constitutivos, dado que su significado no es una situación (deóntica) sino un estatus (óntico) de un sujeto, como la capacidad de obrar de las personas mayores de edad (T9.79), o de un objeto,

como por ejemplo el estatus demanial de determinados bienes (T9.80). Pero también son decisionales, dado que su significado —conforme a la definición D9.9 y al igual que las decisiones que establecen situaciones y que llamaré *decisiones deónticas*— es una norma, y por lo tanto no viene preconstituido por normas hipotéticas sino que es decidido por sus autores y precisamente por eso está subordinado, en el estado de derecho, a normas deónticas de grado supraordenado.

- T9.77 $(x)(y)((DEC_{xy} \vee ACO_{xy}) \rightarrow APR_{xy})$ D9.9, D9.10
 T9.78 $(x)(y)((DEC_{xy} \cdot ACO_{xy}) \equiv (APR_{xy} \cdot PCO_x \cdot CAU_{xy} \cdot SIG_{yx} \cdot$
 $(\exists z)STG_{yz} \cdot NTE_y \cdot NCO_y \cdot (PER_x \rightarrow (r)(SIG_{yx} \cdot OSS_{yr} \cdot NDER_x \cdot$
 $REG_{rx} \cdot REG_{ry} \cdot GSOR_{y})))))$ D9.9, D9.10, T9.75, T8.40, T8.21
 T9.79 $(x)(y)(z)((APR_{xy} \cdot PCO_x \cdot CAU_{xy} \cdot SIG_{yx} \cdot \neg SIT_y \cdot NTE_y \cdot NCO_y \cdot$
 $STG_{yz} \cdot SGG_z \cdot (PER_x \rightarrow (r)(SIG_{yx} \cdot OSS_{yr} \cdot NDER_x \cdot REG_{rx} \cdot$
 $REG_{ry} \cdot GSOR_{y}))) \rightarrow (DEC_{xy} \cdot ACO_{xy}))$ D9.9, D9.10, T8.21
 T9.80 $(x)(y)(z)((APR_{xy} \cdot PCO_x \cdot CAU_{xy} \cdot SIG_{yx} \cdot \neg SIT_y \cdot NTE_y \cdot NCO_y \cdot$
 $STG_{yz} \cdot OGG_z \cdot (PER_x \rightarrow (r)(SIG_{yx} \cdot OSS_{yr} \cdot NDER_x \cdot REG_{rx} \cdot$
 $REG_{ry} \cdot GSOR_{y}))) \rightarrow (DEC_{xy} \cdot ACO_{xy}))$ D9.9, D9.10, T8.21

En suma, lo que distingue a las decisiones, sean deónticas o constitutivas, del resto de los actos formales, sobre todo de los puramente constitutivos, es el hecho de que sus efectos y significados no están predeterminados por las normas que los prevén, sino que son decididos por ellas mismas, y las normas simplemente los someten a vínculos deónticos. Se explica así la asimetría entre nuestras nociones de ‘decisión’ y de ‘acto constitutivo’: mientras que los actos puramente constitutivos son siempre preceptos constitutivos cuyo significado es un estatus enteramente preconstituido, las decisiones no siempre son preceptos deónticos que expresan situaciones o normas deónticas sino que también pueden ser preceptos constitutivos, como es precisamente el caso de las decisiones constitutivas, cuyo significado es un estatus normativo, o sea, una norma constitutiva.

A diferencia de los significados de los actos constitutivos, los significados de las decisiones, incluidas las constitutivas, nunca están normativamente predeterminados sino que son siempre decididos por ellas mismas. Retomemos el ejemplo de la atribución de la capacidad de obrar negocial a los mayores de edad realizada por el artículo 2 del Código Civil italiano, es decir, por un acto normativo indudablemente constitutivo. El reconocimiento de su carácter también decisional viene impuesto por el hecho de que su significado prescriptivo es una norma, o sea, una regla cuyo contenido —la determinación de la mayoría de edad a los veintiún años y no a los dieciocho o el tipo de actos para los que ésta se requiere— no está predeterminado sino sólo vinculado a la observancia de las normas deónticas supraordenadas a él. Lo mismo cabe decir para la capacidad de obrar penal (o imputabilidad penal) o para la política (o sufragio activo), decididas también en los distintos ordenamientos por referencia a que se alcancen diversas edades. Se trata de normas no

preconstituidas sino simplemente subordinadas a las que más adelante llamaré normas ‘sustantivas’ sobre su producción: serían no permitidas, o, como más adelante diremos, inválidas, si violasen por ejemplo el principio constitucional de igualdad limitando la capacidad de obrar sólo a los mayores de edad de sexo masculino. En suma, ateniéndonos a la definición D9.9, todos los actos preceptivos normativos, es decir, productores de normas, son siempre decisiones, incluso cuando las normas que producen son constitutivas.

Resulta en cambio excluida la posibilidad de decisiones constitutivas singulares, es decir, creadoras de estatus jurídicos no normativos ni enteramente predeterminados por la ley. En efecto, los actos constitutivos singulares —piénsese en el matrimonio, en los actos de nombramiento o en otros parecidos— constituyen normalmente estatus enteramente preconstituídos por normas hipotético-constitutivas, en relación con las cuales no se plantea siquiera el problema de su observancia o inobservancia. Por eso para estos actos sólo es posible la inobservancia de las normas concernientes a las formas, es decir, la que más adelante llamaré ‘invalidéz formal’, pero no la relativa al significado, es decir, la que llamaré ‘invalidéz sustancial’. Puede suceder, sin embargo, que lo que en un determinado ordenamiento es un acto puramente constitutivo en otros ordenamientos sea también una decisión. En el ordenamiento italiano, por ejemplo, el matrimonio es sin duda un acto solamente constitutivo, dado que sus efectos están enteramente predeterminados por el Código Civil y sería nulo cualquier acuerdo que los derogase: «Los esposos», dice el artículo 160 del Código, «no pueden derogar ni los derechos ni los deberes derivados del matrimonio previstos por la ley». Pero en otros ordenamientos, como el estadounidense, se admiten acuerdos prematrimoniales sobre los derechos y deberes de los cónyuges que derivan del matrimonio, el cual, por consiguiente, es en esos ordenamientos una decisión¹⁸. Podría parecer por ello que en estos casos puede hablarse de decisiones constitutivas singulares. En mi opinión, sin embargo, debe reconocerse más bien la concurrencia de dos actos preceptivos distintos: un acto constitutivo productor del estatus jurídico de cónyuges y una decisión deóntica contractual accesoria a éste que determina algunos de sus derechos y deberes.

Lo que de verdad importa es la identificación de la diferencia estructural entre las decisiones, sean estas deónticas o constitutivas, y los demás actos formales, sean estos puramente instrumentales o puramente constitutivos. Esta diferencia comporta, en efecto, consecuencias de enorme importancia. Los efectos (y los significados) del matrimonio, o de la adopción, o de la concesión de ciudadanía, igual que los de un registro o una notificación, al no depender de la voluntad de sus autores, no plantean un problema de observancia de (o de coherencia con) las normas de grado supraordenado a ellos. En cambio, los significados (y los efectos) de las decisiones que además son constitutivas —justamente porque no vienen preconstituídos normativamente sino que son deci-

didos por sus autores— están sometidos a normas deónticas, que pueden vincularlos a la que llamaré la ‘aplicación’ de las mismas (D9.34), como en el caso de las decisiones judiciales, o simplemente al ‘respeto’ de las mismas (D9.35), como en el caso de los negocios, confiados a la autonomía privada, o en el de las leyes y los reglamentos, confiados a la discrecionalidad política o administrativa.

De ello se sigue que la estructura del principio de legalidad y, por lo tanto, de las que más adelante llamaré condiciones de ‘validez’ es diferente para las decisiones y para los otros actos formales. Para los actos formales que no consisten en decisiones, como son todos los puramente constitutivos, dicho principio se manifiesta *únicamente* como *principio de mera legalidad* o *de legalidad formal*, dado que las normas deónticas a las que están sometidos —o sea, aquellas de las que pueden ser observancia o inobservancia— son sólo las que conciernen a su forma (T9.81), y no también a su significado, que está enteramente preconstituido por normas hipotético-constitutivas; de modo que en relación con estos actos no cabe hablar, como veremos, de validez o invalidez sustancial, en el sentido de «coherencia» o «incoherencia» con el significado de normas superiores a ellos. En cambio, por lo que se refiere a las decisiones, cuyos significados son decididos discrecionalmente por sus autores, en los ordenamientos avanzados el principio se manifiesta —además de como *principio de mera legalidad* o *de legalidad formal*, que condiciona su existencia (T9.82-T9.83) y su regularidad (formal) (T9.84) a la observancia de las formas predispuestas para ellas— *también* como *principio de estricta legalidad* o *de legalidad sustancial*, que condiciona su regularidad (sustancial) también a la legitimidad de los significados, permitiéndolas solamente si éstos observan todas las normas deónticas de grado supraordenado a ellos (T9.70) y prohibiéndolas si no las observan (T9.85).

T9.81 $(x)((AFOx \cdot \neg(\exists y)DECxy) \rightarrow (\exists f)(FORfx \cdot (PERx \rightarrow (r)(OSSfr \cdot NDErx \cdot REGrx))))$ D9.1, T9.20

T9.82 $(x)(y)(DECxy \rightarrow (\exists f)(\exists r)(AFOx \cdot FORfx \cdot OSSfr \cdot OBBf \cdot NIPrf \cdot NDErf \cdot NDErx))$ T9.77, T9.59, T9.33

T9.83 $\neg(\exists f)(\exists r)(\exists x)(FORfx \cdot OSSfr \cdot NDErf \cdot NDErx) \rightarrow \neg(\exists x)(\exists y)DECxy$ T9.82

T9.84 $(f)(x)((FORfx \cdot (\exists y)DECxy) \rightarrow ((\exists r)(OSSfr \cdot OBBf \cdot NIPrf \cdot NDErf \cdot NDErx) \cdot (PERx \rightarrow (r)(OSSfr \cdot NDErf \cdot NDErx \cdot REGrx))))$ T9.82, D9.2, T9.3, T9.9

T9.85 $(y)(x)((SIGyx \cdot DECxy) \rightarrow ((\exists r)\neg(OSSyr \cdot NDEry \cdot NDErx \cdot REGrx \cdot REGry \cdot GSory) \rightarrow VIEx))$ T9.70, T1.4

Hay además un segundo orden de consecuencias vinculado a la específica estructura de las decisiones. La creación decisional de normas o situaciones está siempre mediada —al tratarse de significados decididos en cada ocasión y no normativamente predeterminados— por esa particular actividad cognitiva que es la *interpretación jurídica*. El significado de

un acto constitutivo —como un matrimonio, la disolución de las Cámaras, la moción de confianza al gobierno, la ratificación de un tratado, el nombramiento de un funcionario, o el acto que instituye una institución así como el ordenamiento y la persona artificial correspondientes— no varía en los diferentes matrimonios, en los diferentes actos de ratificación, de nombramiento o en otros parecidos, sino que viene entera y rígidamente establecido por las normas hipotético-constitutivas que lo prevén y es constatado mediante la interpretación sólo de éstas. En cambio, el significado de una decisión, como una ley, un contrato o una sentencia, requiere siempre interpretar, además de las normas hipotético-deónticas sobre su producción, también y sobre todo las prescripciones que ella misma dispone. Cuando además tal interpretación, por ejemplo de una ley, tiene carácter no «doctrinal» sino «operativo»¹⁹, como sucede con la realizada por las sentencias y en general por las decisiones que aplican normas, se expresa en ulteriores decisiones de grado subordinado a la interpretada. Y puesto que la semántica del lenguaje normativo presenta inevitables márgenes de ambigüedad y de imprecisión, también la interpretación operativa tiene naturaleza no sólo cognoscitiva sino constitutiva —o, si se prefiere, re-cognoscitiva y re-constitutiva— de los significados formulados en él.

De este modo se concreta un poco más la configuración como red o secuencia de signos y de significados de las cadenas de actos y situaciones y de las conexas relaciones jurídicas con la que, en las tesis T6.48-T6.59 y T8.81-T8.84, he representado la estructura nomodinámica del derecho positivo. La red está constituida por actos que, cuando están supra-ordenados a otros, son siempre signos consistentes en decisiones que producen significados que consisten en normas o situaciones, que a su vez pueden tener como actuaciones ulteriores signos consistentes en decisiones productoras también de significados que consisten en normas o situaciones, y así hasta llegar a un acto extintivo o a un acto constitutivo de un estatus. Una red de este tipo está necesariamente mediada por la *interpretación*. De un lado, en efecto, las decisiones, al consistir siempre en la observancia (o en la inobservancia) de normas, y por tanto de significados, son al propio tiempo interpretaciones operativas o aplicaciones de las mismas; de otro, al ser también signos o declaraciones, requieren a su vez ulteriores interpretaciones de los significados prescriptivos, sean éstos normas o situaciones, que producen como efectos. La fenomenología del derecho —desde la estructura de los ordenamientos a la de las sucesiones y las relaciones jurídicas— se resuelve en última instancia, como mostraré mejor en los §§ 9.15 y 9.16 y después en los capítulos XII y XIV, en una fenomenología de la *comunicación jurídica*.

9.7. *Las normas sobre la producción: normas formales y normas sustantivas*

Al analizar la estructura de las decisiones hemos visto que están sometidas a dos tipos de normas deónticas relativas, respectivamente, a los dos elementos de los que se componen: las normas sobre la *forma*, que establecen, como para el resto de actos formales (T9.81), las formalidades, los procedimientos y los sujetos competentes para su emanación (T9.82); y las normas sobre el *significado*, que establecen sus límites y vínculos de tipo sustancial (T9.70), o sea, relativos al contenido. Tanto las normas del primer tipo como las del segundo, como en breve mostraré (T9.100-T9.104), son de grado supraordenado respecto a los actos y a los efectos de los actos formales regulados por ellas: por ejemplo, las normas constitucionales lo son respecto a la legislación y las legislativas lo son respecto a la jurisdicción, a la administración y a la contratación. Es en esta doble sumisión a la ley donde reside la lógica del estado de derecho en sentido fuerte: la cual exige que toda decisión, al consistir siempre en el ejercicio de un poder, se someta tanto a normas relativas a sus formas, según el *principio de mera legalidad formal*, cuanto a normas relativas a sus efectos o contenidos, según el *principio de estricta legalidad sustancial*.

Llamo a estas dos clases de normas, respectivamente, ‘*normas formales*’ (o ‘procedimentales’, o ‘sobre la forma’ o ‘sobre la formación’ de los actos formales), y ‘*normas sustantivas*’ (o ‘sobre el significado’, o ‘sobre la sustancia’ o ‘sobre los contenidos’ de las decisiones). Llamo además ‘*normas sobre la producción*’ a la suma de unas y otras²⁰.

D9.11 ‘*Normas formales*’ son las normas deónticas que regulan las formas de los actos formales.

$(r)(x)(\text{NFORx} \equiv (\exists f)(\text{NDERx} \cdot \text{REGrx} \cdot \text{REGrf} \cdot \text{FORfx} \cdot \text{AFOx}))$

D9.12 ‘*Normas sustantivas*’ son las normas deónticas que regulan los significados de las decisiones.

$(r)(x)(\text{NSORx} \equiv (\exists y)(\text{NDERx} \cdot \text{REGrx} \cdot \text{REGry} \cdot \text{SIGyx} \cdot \text{DECxy}))$

D9.13 ‘*Norma sobre la producción*’ es toda norma deóntica que regule la forma de un acto formal o el significado de una decisión.

$(r)(x)(\text{NPRx} \equiv (\exists y)(\text{NDERx} \cdot \text{REGrx} \cdot \text{REGry} \cdot ((\text{FORyx} \cdot \text{AFOx}) \vee (\text{SIGyx} \cdot \text{DECxy}))))$

He dividido así el conjunto de normas que regulan la producción de los actos formales en dos subconjuntos de normas diferentes, las normas formales y las normas sustantivas, que tienen por objeto los dos elementos —la forma y el significado— de los que tales actos se componen. Y

he referido las normas formales a todos los actos formales y las normas sustantivas únicamente a las decisiones. Como se ha visto en el párrafo precedente, en efecto, sólo las decisiones —a diferencia de los demás actos formales, dotados de significados normativamente preconstituidos— están habilitadas para producir los significados decididos por sus autores, si bien dentro de los límites y con los vínculos sustanciales establecidos por las normas deónticas que las prevén.

A pesar de esta asimetría, normas formales y normas sustantivas forman una clasificación exhaustiva de todas las normas sobre la producción (T9.86), equivaliendo las primeras a las normas sobre la producción de las formas (T9.87) y las segundas a las normas sobre la producción de los significados (T9.88). Estas normas son, en su conjunto, las reglas de uso de la lengua jurídica. Más concretamente, mientras que las *normas formales* son reglas por así decir *sintácticas* sobre la forma de los actos formales que permiten su reconocimiento como signos de la lengua jurídica (T9.89), las *normas sustantivas* son reglas por así decir *semánticas* sobre el significado de esos particulares signos jurídicos que son los enunciados decisionales (T9.90). Además, desde una perspectiva diferente en parte a la ya señalada al final del § 8.3, tanto unas como otras pueden ser contempladas como normas téticas inmediatamente adscriptivas de situaciones —o sea, de derechos, deberes y poderes— y al mismo tiempo como normas hipotéticas sobre los vínculos de forma o de contenido preestablecidos para los actos formales que son aplicaciones de las mismas (T9.91). Por ejemplo, gran parte de las normas contenidas en la primera y en la segunda parte de la Constitución italiana pueden ser contempladas, sea como normas téticas, adscriptivas respectivamente de derechos fundamentales a las personas naturales y de funciones públicas a los poderes constituidos, sea como normas hipotético-deónticas, las unas sobre los límites y vínculos impuestos a los significados de las leyes y las otras sobre las cargas procedimentales que vinculan las formas de las leyes. Lo mismo cabe decir de las normas penales, que son téticas respecto a los delitos que prohíben e hipotéticas respecto a las sentencias que las aplican.

T9.86 (r)(x)(NPR_{rx} ≡ (NFOR_x v NSOR_x)) D9.11, D9.12, D9.13

T9.87 (r)(x)(NFOR_x ≡ (∃f)(NPR_{rx} · REG_{rf} · FOR_{fx} · AFO_x)) D9.11, T9.86, D9.13

T9.88 (r)(x)(NSOR_x ≡ (∃y)(NPR_{rx} · REG_{ry} · SIG_{yx} · DEC_{xy})) D9.12, T9.86, D9.13

T9.89 (r)(x)(NFOR_x → (∃f)(REG_{rf} · FOR_{fx} · AFO_x · SEG_x)) D9.11, T9.21

T9.90 (r)(x)(NSOR_x → (∃y)(REG_{ry} · SIG_{yx} · SEG_x · DEC_{xy})) D9.12, D4.1

T9.91 (r)(x)(NPR_{rx} → ((NTER_x ≡ (NAS_r · SIT_r · PRS_{rx})) · (NIP_{rx} ≡ (NDER_x · AFO_x · (∃y)(REG_{ry} · PRS_{yx})))))) D9.13, T9.82, T9.13, D6.1, T8.39, D8.7, T8.24, T8.25, D8.5

Nuestras dos clases de normas disciplinan, pues, dos elementos o dimensiones distintas, aunque conectadas, de la comunicación jurídica:

de un lado, sus formas y procedimientos, de otro, sus significados o contenidos; de un lado, el «*quién*» (decide) y el «*cómo*» (decidir), de otro, el «*qué*» (está permitido, porque no está prohibido o no es obligatorio) decidir. Como tales, dichas clases de normas pertenecen, según se ha dicho en el § 9.2, a una fase avanzada de la cultura jurídica²¹. En particular, si se consideran las normas sobre la actividad legislativa de los poderes públicos, mientras que las normas formales caracterizan el proceso de *positivización* de las fuentes del derecho, las sustantivas caracterizan su proceso de *constitucionalización*. Por ejemplo, como acabo de decir, en la Constitución italiana son normas formales las establecidas en su segunda parte y dedicadas al procedimiento de formación de las leyes y a los órganos titulares del poder legislativo; son en cambio normas sustantivas las establecidas en la primera parte y que vinculan el ejercicio de ese mismo poder a la observancia de las prohibiciones y de las obligaciones correspondientes a los derechos fundamentales establecidos por ellas. Y otro ejemplo: son normas formales todas las normas procesales contenidas en los códigos de procedimiento civil y penal; mientras que son normas sustantivas la mayor parte de las normas contenidas en el código civil y casi todas las contenidas en el código penal. Es además una norma sobre la producción la metanorma deóntica de la prevalencia de la *lex superior*, que es lo mismo que el principio de legalidad de las normas, tanto en sentido simple, lato o formal como en sentido fuerte, estricto o sustancial: el llamado conflicto entre normas superiores e inferiores, en efecto, no es otra cosa que la inobservancia de las primeras, sean formales o sustantivas, por parte de las segundas. En cambio, no son normas sobre la producción los otros dos criterios de resolución de los conflictos entre normas: los de la prevalencia de la *lex posterior* y la de la *lex specialis*, que como veremos en su momento son metanormas constitutivas, y como tales inviolables por el legislador.

Sobre esta base, por lo tanto, podemos aportar una ulterior clarificación de nuestros dos principios de legalidad —ya enunciados con las tesis T5.7 y T5.8, T8.60 y T8.67, T9.27 y T9.28, T9.53 y T9.57, T9.84 y T9.85— así como del específico valor, ya ilustrado en los §§ 9.3 y 9.6, que su distinción asume en relación con las decisiones. El *principio de mera legalidad* (o de legalidad formal) es aquel en virtud del cual todo acto formal, consista o no en decisiones, supone una norma formal que determina sus formas (T9.92). El *principio de estricta legalidad* (o de legalidad sustancial) es aquel en virtud del cual toda decisión supone una norma sustantiva que limita o vincula sus significados (T9.93). Conforme al primer principio todos los actos formales —preceptivos o instrumentales, decisionales o constitutivos— serán causas de sus significados en la medida en que sus formas observen al menos algunas de las normas formales sobre su formación (T9.94). A tenor del segundo, las decisiones, justamente porque deciden ellas mismas los significados que son sus efectos, sólo son permitidas en la medida en que tales significados observen todas las normas sustantivas sobre su producción (T9.95).

- T9.92 (x)(AFOx \rightarrow ($\exists r$)($\exists f$)(NFORx · REGrx · REGrf · FORfx))
D9.11, T9.20, T9.1
- T9.93 (x)(y)(DECxy \rightarrow ($\exists r$)(NSOrx · REGrx · REGry · SIGyx))
T9.67, D9.12, T9.28, T9.82
- T9.94 (x)(AFOx \rightarrow (($\exists y$)(CAUxy · SIGyx) \equiv ($\exists f$)($\exists r$)(FORfx · OSSfr · NFORx)))
T9.22, T9.33, D9.11, T9.1
- T9.95 (x)(y)(DECxy \rightarrow (PERx \rightarrow (r)(SIGyx · OSSyr · NSOrx))) T9.70, D9.12

La principal consecuencia de esta asimetría entre decisiones y actos formales de otro tipo es que mientras que las decisiones están sometidas a normas sobre la producción tanto formales como sustantivas (T9.96), las normas sobre la producción de los demás actos formales son solamente formales (T9.97). Y dado que todas las normas sobre la producción, sean formales o sustantivas, son normas deónticas que pueden ser tanto observadas como no observadas (T8.35), diremos que los actos formales consisten siempre en la observancia o en la inobservancia de alguna norma formal (T9.98), y que las decisiones consisten siempre, además, en la observancia o en la inobservancia de alguna norma sustantiva sobre su producción (T9.99).

- T9.96 (x)(y)(DECxy \rightarrow (($\exists f$)($\exists r$)(NFORx · FORfx) · ($\exists r$)(NSOrx · SIGyx)))
T9.92, T9.93, T9.82
- T9.97 (x)((AFOx · \neg ($\exists y$)DECxy) \rightarrow (r)(NPRrx \equiv NFORx)) D9.12, T9.86
- T9.98 (x)(AFOx \equiv ($\exists r$)((OSSxr v IOSxr) · NFORx)) T9.92, D9.11, T8.35
- T9.99 (x)(($\exists y$)DECxy \equiv ($\exists r$)((OSSxr v IOSxr) · NSOrx)) T9.93, D9.12, T8.35

Por lo demás, es evidente que las normas sobre la producción son siempre de grado supraordenado a las prescripciones producidas por los actos formales cuya producción regulan (T9.100) y que las normas sustantivas son siempre de grado supraordenado a las normas o a las situaciones producidas por las decisiones vinculadas por ellas (T9.101); que, a la inversa, todos los actos formales son siempre de grado subordinado a las fuentes de las normas que regulan su formación (T9.102), mientras que las decisiones, así como las normas o las situaciones decididas por éstas como efectos, también lo son siempre respecto a las fuentes de las normas sustantivas de cuya observancia depende su regularidad (T9.103, T9.104).

- T9.100 (r1)(x)(NPRr1x \rightarrow ($\exists r2$)(GSO r1r2 · SIGr2x · EFFr2x · AFOx))
D9.13, T9.82, D5.4, T9.22, D5.1
- T9.101 (r1)(x)(NSOr1x \rightarrow ($\exists r2$)(GSO r1r2 · (NORr2 v SITr2) · EFFr2x · DECxr2))
D9.12, T5.48, T9.67, D5.1
- T9.102 (x2)(AFOx2 \rightarrow ($\exists x1$)($\exists r$)(GSUx2x1 · FONx1r · NFORx2))
T5.47, T9.92, D9.11, D8.5, T8.19, D5.1
- T9.103 (x2)(y)(DECx2y \rightarrow ($\exists x1$)($\exists r$)(GSUx2x1 · FONx1r · NSOrx2))
T5.47, T9.93, D9.12, D8.5, T8.19, D6.1
- T9.104 (r2)(x2)((NORr2 v SITr2) · DECxr2) \rightarrow ($\exists r1$)(GSUr1r2 · NSOr1x))
T5.48, T9.67, T9.93, D5.1, D9.12

Se concreta de este modo la tesis, formulada en el § 8.7, de la unidad del ordenamiento jurídico, contemplado obviamente en su modelo teórico, como universo lingüístico articulado según relaciones de grado: todos los actos formales son actos lingüísticos sometidos a normas formales producidas por fuentes de grado supraordenado a ellos, o sea, a las reglas de la lengua jurídica que disciplinan su forma como signos cuyo significado, o está preconstituido por normas hipotético-constitutivas, o es decidido dentro del respeto a normas deónticas sustantivas de grado supraordenado a ellos. Es la relación entre estos dos elementos —la forma de los actos formales, sometida al principio de mera legalidad, y su significado, sometido al principio de estricta legalidad— lo que debemos analizar ahora. Luego será posible mostrar, en el § 9.17, que estos dos elementos corresponden a las dos dimensiones de la fenomenología jurídica —la nomodinámica regida por las normas formales y la nomostática regida por las normas sustantivas— que se corresponden a su vez, como mostraré en el capítulo XII y en la cuarta parte, con las dos dimensiones, formal y sustancial, de la democracia constitucional.

9.8. *Formas y contenidos. Conformidad de las formas con las normas formales y coherencia de los significados con las normas sustantivas sobre la producción*

Si sometemos a ulterior análisis nuestros dos tipos de normas sobre la producción descubrimos que la diversidad de sus objetos se corresponde con una diferente fenomenología de su observancia y de su inobservancia, que está a su vez en el origen de las diferencias de estructura que median, como veremos, entre ‘vigencia’ y ‘validez’ de los actos producidos.

En primer lugar, las formas consisten siempre, por definición, en la observancia *obligatoria* de una norma formal (T9.105). En algunos casos puede estar prevista la facultad de elegir entre formas diversas, como por ejemplo para la compraventa de inmuebles, que puede ser formalizada mediante acto público o mediante escritura privada. Pero siempre es obligatoria la adopción de una de estas formas en observancia de las normas formales que las prevén (T9.106).

T9.105 (f)(x)(FORfx \rightarrow (\exists r)(OSSfr \cdot OBBf \cdot NFORx)) T9.1, D9.11, T9.20
 T9.106 (f)(r)(x)((FORfx \cdot OSSfr \cdot NFORx) \rightarrow OBBf) T9.105

A los significados en cambio se les exige, como condición necesaria de la regularidad de las decisiones que los expresan, que no contrasten con las correspondientes normas sustantivas (T9.107), es decir, que no resulten *prohibidos* por éstas (T9.109), bien sea porque los permitan como facultativos o bien porque los impongan como obligatorios (T9.108). Son por ejemplo típicamente facultativos los significados o contenidos de los contratos, que entran dentro de la autonomía privada de sus autores con

el único límite sustancial, por ejemplo en el derecho italiano, de la prohibición de causa ilícita bajo pena de nulidad (arts. 1348 y 1418 C.C.). En el extremo opuesto están vinculados como obligatorios, aunque con los límites propios de las opciones inevitablemente opinables del intérprete, los significados jurídicos de las sentencias penales, sometidos a los principios de la estricta legalidad y de la jurisdiccionalidad. Y entre los dos extremos existen decisiones, como los actos legislativos y las disposiciones administrativas, cuyos significados pueden ser decididos con un grado más o menos amplio de discrecionalidad dentro del respeto a los principios constitucionales o a las normas legales que tienen prohibido violar.

T9.107 $(y)(x)((\text{SIGyx} \cdot \text{DECxy}) \rightarrow (\text{PERx} \rightarrow (r)(\text{OSSyr} \cdot \text{NSOrx})))$ T9.95

T9.108 $(y)(x)((\text{SIGyx} \cdot \text{DECxy}) \rightarrow ((\exists r)(\text{PEMrx} \cdot \text{NSOrx}) \rightarrow (\text{FCOy} \vee \text{OBBy})))$ T9.107, T4.67, D2.1

T9.109 $(y)(x)((\text{SIGyx} \cdot \text{DECxy}) \rightarrow ((\exists r)(\text{PEMrx} \cdot \text{NSOrx}) \rightarrow \neg \text{VIEy}))$
T9.108, T1.39, T1.4

De aquí se deriva una segunda y no menos importante diferencia entre nuestros dos tipos de normas, puesta de relieve por los cuantificadores que vinculan los objetos sobre los que versan. Los actos formales, sean o no decisiones, comportan siempre la observancia de alguna norma formal (T9.110, T9.111) en ausencia de la cual no existen (T9.112, T9.113). Obviamente en sede teórica no podemos establecer cuáles y cuántas formas se requieren, en cada ordenamiento y para cada tipo de actos formales, como condiciones de su existencia (o, como diré en el próximo párrafo, de su ‘vigencia’). Ésta es una tarea de la dogmática jurídica y dependerá de los distintos sistemas de derecho positivo. No obstante, podemos decir con seguridad que un acto formal no existe, y en consecuencia carece de cualquier efecto, si carece de toda forma, o sea, si no observa ninguna de las normas formales que disciplinan su formación (T9.34, T9.83, T9.112, T9.113); que es un acto prohibido (o mejor, como diremos en el § 9.11, que es ‘formalmente inválido’) aunque exista, y esté dotado por ello, como se verá, de efectos anulables, sólo con que no observe alguna de esas normas (T9.115); y finalmente que para que sea un acto permitido (o, como diremos en el § 9.10, sea ‘formalmente válido’) se requiere que observe todas esas normas (T9.9, T9.114). La observancia de las normas sustantivas, por el contrario, condiciona no ya la existencia sino sólo la regularidad de las decisiones (T9.84, T9.95), o sea, la que en el § 9.10 llamaré su ‘validez sustancial’: su inobservancia, en efecto, siempre está sólo prohibida (T9.116), o como se dirá mejor, la decisión es ‘sustancialmente inválida’. Un concreto defecto de forma o de significado no es, pues, causa de inexistencia sino sólo de irregularidad, dando lugar solamente a actos prohibidos (T9.115-T9.117). Lo único que incuestionablemente provoca la inexistencia tanto de las decisiones como de los demás actos formales es la inobservancia de todas las normas formales sobre su producción (T9.118, T9.119).

T9.110	$(x)(AFOx \equiv (\exists f)(\exists r)(OSSfr \cdot NFORx))$	T9.105, T9.20, D9.11
T9.111	$(x)(y)(DECxy \rightarrow (\exists f)(\exists r)(OSSfr \cdot NFORx))$	T9.82, T9.110
T9.112	$(x)(\neg(\exists f)(\exists r)(OSSfr \cdot NFORx) \equiv \neg AFOx)$	T9.110
T9.113	$(x)(\neg(\exists f)(\exists r)(OSSfr \cdot NFORx) \rightarrow \neg(\exists y)DECxy)$	T9.111
T9.114	$(x)(AFOx \rightarrow (PERx \rightarrow (f)(FORfx \rightarrow (r)(OSSfr \cdot NFORx))))$	D9.1, D9.11, T9.20
T9.115	$(x)(AFOx \rightarrow ((\exists f)(\exists r)(FORfx \cdot IOSfr \cdot NFORx) \rightarrow VIEEx))$	T9.114, T1.4, T4.70
T9.116	$(x)(y)((DECxy \cdot (\exists r)\neg(SIGyx \cdot OSSyr \cdot NSOrx)) \rightarrow VIEEx)$	T9.95, T1.4
T9.117	$(x)(y)(r)((DECxy \cdot IOSyr \cdot ((FORyx \cdot NFORx) \vee (SIGyx \cdot NSOrx))) \rightarrow VIEEx)$	T9.115, T9.116, T9.82, T4.70
T9.118	$(x)((f)(r)(IOSfr \cdot NFORx) \rightarrow \neg AFOx)$	T9.33, T4.70
T9.119	$(x)((f)(r)(IOSfr \cdot NFORx) \rightarrow \neg(\exists y)DECxy)$	T9.118, T9.82

La razón y la naturaleza de estas dos diferencias se explican mediante el hecho de que la observancia de las normas formales se manifiesta en lo que en el § 9.15 llamaré su ‘aplicación’, o sea, en la *con-formidad* o *correspondencia* de las formas de los actos formales con las preestablecidas por aquéllas. Una ley, por ejemplo, es conforme con sus normas formales si se aplican los procedimientos previstos por la Constitución para su emanación, desde su proposición por parte de quien está legitimado para ello hasta su aprobación por mayoría en las Cámaras y su promulgación. Una sentencia penal es conforme con sus normas formales si ha sido dictada aplicando los complejos procedimientos y observando las diferentes garantías impuestas por las normas del código de procedimiento penal. Igualmente un contrato es conforme con las normas sobre su formación si se aplican todas las reglas sobre los requisitos de forma establecidas para él por el código civil. Está claro que la inobservancia de cada una de estas reglas está prohibida; pero a efectos de la existencia del acto no se requiere la observancia de todas, sino sólo de aquellas cuya inobservancia hace que el acto sea irreconocible por falta de forma.

Por el contrario, la observancia de las normas sustantivas se manifiesta en lo que, también en el § 9.15, llamaré su ‘respeto’, o sea, en la *coherencia* o *no contradicción* con ellas de los significados de las decisiones adoptadas: con los principios de la constitución, cuando se trate de leyes, y con las normas legales cuando se trate de sentencias, de disposiciones administrativas o de negocios privados. Lo que las normas sustantivas no permiten en todos estos casos es que los significados de las decisiones subordinados a ellas sean incompatibles con ellas. Pero esta incompatibilidad —como se dijo desde el § 1.3 a propósito del carácter nomodinámico del derecho positivo— no compromete en absoluto la existencia de los actos decisionales, reconocibles como tales únicamente por su forma. En efecto, la coherencia no concierne al ser de las normas sino a su deber ser. Pertenece no ya al lenguaje jurídico *de las* normas —que existen aun cuando sean incoherentes, al igual que las decisiones prohibidas (o, como enseguida diremos, sustancialmente inválidas) que las producen— sino al lenguaje teórico *sobre las* normas. Es en suma un

principium iuris tantum, como se ha dicho varias veces, y no un *principium in iure*.

Podemos esclarecer mejor este conjunto de diferencias —decisivas para comprender la estructura normativa de ese ordenamiento complejo que es el estado constitucional de derecho— dando dos nombres distintos a la observancia y a la inobservancia de los dos tipos de normas sobre la producción de los actos formales. Llamaré ‘conformidad’ (y ‘disconformidad’) y ‘coherencia’ (e ‘incoherencia’) a la observancia (y a la inobservancia), respectivamente, de las normas formales y de las normas sustantivas.

D9.14 ‘Conforme’ es la forma de un acto formal que observa las normas formales sobre su producción.

$$(f)(r)(\text{COFfr} \equiv (\exists x)(\text{FORfx} \cdot \text{AFOx} \cdot \text{OSSfr} \cdot \text{NFORx}))$$

D9.15 ‘Coherente’ es el significado de una decisión que observa las normas sustantivas sobre su producción.

$$(y)(r)(\text{COEyr} \equiv (\exists x)(\text{SIGyx} \cdot \text{DECxy} \cdot \text{OSSyr} \cdot \text{NSOrx}))$$

Todo cuanto ya he dicho con las tesis T9.105-T9.119 puede ser así reformulado con más precisión. Mientras que la conformidad concierne a la forma de todos los actos formales (T9.120), sean o no decisionales, la coherencia concierne sólo al significado de las decisiones (T9.121), sin que tenga sentido hablar de normas sustantivas, ni por tanto de coherencia, a propósito de los actos puramente constitutivos o en cualquier caso no decisionales (T9.122), cuyo significado no es decidido por el acto sino normativamente preestablecido. Además, mientras que todo acto formal es siempre conforme con al menos alguna de las normas formales que predisponen los requisitos de forma que condicionan su existencia (T9.123), no toda decisión es siempre coherente con las normas sustantivas que vinculan su significado. Alguna forma, en efecto (T9.20), y por consiguiente alguna conformidad con las normas formales (T9.124), es por definición necesaria para que tenga lugar un acto formal (D9.2): el cual, por lo tanto, no existe en caso de total disconformidad (T9.125), pudiendo existir sin embargo, aun cuando sea como acto prohibido, en presencia de alguna disconformidad (T9.126). Naturalmente, como ya he dicho, la teoría, debido a su carácter formal, no puede establecer *a priori* cuántas y cuáles son las formas necesarias para la existencia del acto. Únicamente puede reconocer y por tanto exigir, como garantía de certeza, que tales formas sean estipuladas con la máxima precisión y vengán claramente diferenciadas de aquellas otras cuya disconformidad no determina la inexistencia del acto sino que está sólo prohibida en cuanto causa de anulación.

T9.120	$(f)(r)(COFfr \rightarrow (\exists x)(FORfx \cdot AFOx))$	D9.14, D9.11
T9.121	$(y)(r)(COEyr \rightarrow (\exists x)(SIGyx \cdot DECxy))$	D9.15
T9.122	$((\exists x)AFOx \cdot \neg(\exists x)(\exists y)DECxy) \rightarrow (r)(\neg(\exists x)NSOrx \cdot \neg(\exists y)COEyr)$	D9.12, D9.15
T9.123	$(x)(AFOx \equiv (\exists f)(\exists r)(FORfx \cdot COFfr \cdot NFORx))$	T9.105, T9.20, D9.14
T9.124	$(f)(x)(FORfx \rightarrow (\exists r)(COFfr \cdot NFORx))$	T9.105, D9.14, T9.20
T9.125	$(x)(\neg(\exists f)(\exists r)(COFfr \cdot NFORx) \rightarrow \neg AFOx)$	T9.123
T9.126	$(x)((AFOx \cdot (\exists f)(\exists r)(FORfx \cdot \neg(COFfr \cdot NFORx))) \rightarrow VIEx)$	T9.9, T9.20, D9.11, D9.14, T1.4

Por el contrario, la inobservancia de las normas sustantivas sobre la producción, que se manifiesta en la incoherencia con cualquiera de ellas de los significados de las decisiones producidas, siempre está sólo prohibida (T9.117, T9.127). En suma, la inobservancia de una norma sobre la producción —la de cualquier norma sustantiva consistente en la incoherencia (T9.128) y la de alguna de las normas formales consistente en la disconformidad (T9.129)— no incide necesariamente sobre la existencia sino sólo sobre la regularidad de los actos, dando lugar a la existencia de decisiones o de actos formales prohibidos, o como diremos mejor, ‘inválidos’, por vicios relativos a su significado en el primer caso y a su forma en el segundo (T9.130)²².

T9.127	$(x)(y)((DECxy \cdot (\exists r)\neg(SIGyx \cdot COEyr \cdot NSOrx)) \rightarrow VIEx)$	T9.116, D9.15
T9.128	$(y)(r)(x)((IOSyr \cdot NSOrx \cdot SIGyx \cdot DECxy) \rightarrow \neg COEyr)$	D9.15, T4.70
T9.129	$(f)(r)(x)((IOSfr \cdot NFORx \cdot FORfx \cdot AFOx) \rightarrow \neg COFfr)$	D9.14, T4.70
T9.130	$(y)(x)(r)((IOSyr \cdot NPRrx \cdot ((\neg COFyr \cdot FORyx \cdot AFOx \cdot NFORx) \vee (\neg COEyr \cdot SIGyx \cdot DECxy \cdot NSOrx))) \rightarrow VIEx)$	T9.115, T9.116, T4.70

Se comprende así que la observancia de las normas formales es una cuestión *también de hecho* (y no sólo de derecho), mientras que la observancia de las normas sustantivas es una cuestión *sólo de derecho* (y no también de hecho). La primera, al identificarse con la conformidad de la forma de un acto con las normas formales sobre su producción, estriba en circunstancias empíricas consistentes en comportamientos (como los actos instrumentales), o en características de comportamientos (como la forma escrita) o de sujetos (como la capacidad de obrar o la competencia). La segunda, al identificarse con la coherencia del significado de una decisión con el de las correspondientes normas sustantivas, consiste en cambio en una simple relación lógica de compatibilidad. En el primer caso se puede decir (y tal vez probar) que existen (o que no existen) determinadas características formales empíricamente identificables de las que puede predicarse su conformidad o disconformidad con las normas formales. En el segundo, en cambio, no hay nada de lo que quepa decir (o probar) que existe (o que no existe), pues falta cualquier referencia empírica de tipo fáctico²³.

Pero se esclarece sobre todo la diferente naturaleza de las normas formales y las normas sustantivas. Las normas formales, sobre las que

se basa el *principio de mera legalidad* o de *legalidad formal* de los actos formales, son sólo las normas específicas que preestablecen las formas de dichos actos. Las normas sustantivas, sobre las que se basa el *principio de estricta legalidad* o de *legalidad sustancial* de las decisiones, son en cambio todas las normas de grado superior a las normas y a las situaciones que son efectos de las decisiones: todas las normas constitucionales cuando se trate de leyes; y todas las leyes ordinarias cuando se trate de disposiciones administrativas, sentencias o negocios. Por eso, mientras que la conformidad (o la disconformidad) de las formas que hacen reconocible (o irreconocible) un acto formal como signo de la lengua jurídica reside *sólo* en la observancia (o en la inobservancia) de las normas por las que aquéllas vienen empíricamente preestablecidas, la coherencia de los significados de las decisiones dentro de ese universo lingüístico que es el derecho requiere, como establecen la definición de ‘decisión’ (D9.9) y la tesis T9.70, la observancia de *todas* las normas de grado supraordenado a ellos.

Esto obedece a que mientras que la conformidad consiste en la correspondencia de la forma del acto con la predispuesta por las normas formales que la prevén, la coherencia consiste en la no contradicción de su significado con ninguna de las normas supraordenadas a él. No obstante, hay un caso en el que también los significados de las decisiones están vinculados, como sus formas, por normas deónticas sustantivas. Se trata del caso, que analizaré en los §§ 9.14-9.16 y 12.8, de los actos de ‘constatación’, como son típicamente los jurisdiccionales, a cuyos significados se les exige no ya la simple coherencia, como en las decisiones confiadas a la autonomía negocial o a la *discrecionalidad política* o *administrativa*, sino también la ‘subsunción’ en las normas sustantivas de las que son observancia; no sólo la compatibilidad, sino además la ‘correspondencia’ con los significados de éstas y con las correspondientes referencias empíricas. Por eso en tales casos hablaremos, como para las normas formales, de ‘aplicación’ (y no simplemente de ‘respeto’) de las normas sustantivas: una sentencia en materia de hurto, por ejemplo, ‘aplica’ la norma penal sobre el hurto, en cuanto constata (o no constata) que el supuesto de hecho juzgado se ‘corresponde’ (o ‘no se corresponde’), aun con los márgenes de *discrecionalidad judicial* vinculados a la opinabilidad de la interpretación y a la valoración de las pruebas, con el configurado por la norma.

9.9. Vigencia y validez. La inexistencia

Este largo e inevitablemente minucioso análisis de las relaciones entre formas y contenidos de las decisiones nos permite finalmente formular la distinción —central en la teoría del derecho moderno y tal vez más difícil y problemática que ninguna otra— entre *vigencia* y *validez* y entre *validez formal* y *validez sustancial*. Conformidad (o disconfor-

midad) con las normas formales y coherencia (o incoherencia) con las normas sustantivas son, en efecto, las dos dimensiones, diferentes pero igualmente esenciales, de todos los posibles tipos de regularidad (o de irregularidad) de los actos formales y en particular de las decisiones. Añado que sobre estas dos dimensiones —una relativa a las formas y a la validez formal, y la otra a los contenidos y a la validez sustancial de las decisiones— articularé en la cuarta parte la teoría de la democracia constitucional.

Por lo común, en el léxico de la teoría del derecho estas dos dimensiones se confunden en la figura única de la «validez», concebida genéricamente como «existencia»²⁴ y asociada indistintamente tanto a los actos normativos, y más en general a los actos preceptivos, cuanto a las normas, y más en general a las prescripciones jurídicas que son sus significados y efectos. Éste es el caso de Hans Kelsen, quien llama «validez» a la existencia jurídica de las normas (y de los actos que las producen), identificándola simplemente con la observancia de las normas sobre su producción; con el extraño resultado de considerar «válidas mientras no sean derogadas»²⁵ por un pronunciamiento de anulación las normas y los actos normativos que violan tales normas, sean éstas formales o sustantivas, y por consiguiente de confundir la anulación con la derogación²⁶. Pero éste es también el caso de Herbert Hart, quien identifica igualmente la validez de las normas con su «existencia», definiéndola sin embargo como respeto no ya de «obligaciones» sino de «límites» a la competencia normativa, cuya ausencia equivale a «ausencia de potestad jurídica»²⁷: con el resultado opuesto de considerar inexistentes no sólo las normas emitidas sin observancia alguna de las formas preestablecidas por las normas sobre su formación, sino también todas aquellas con las que el legislador traspasa tales límites, sean formales o sustantivos, concebidos todos como otras tantas «incompetencias establecidas en reglas que lo habilitan para legislar»²⁸. En ambos casos resulta negada la posibilidad misma de existencia de normas inválidas —bien porque se asumen como válidas sólo porque son existentes, o bien porque se asumen como inexistentes sólo porque son inválidas— y, por consiguiente, se impiden la comprensión y la crítica de ese fenómeno central en el moderno estado de derecho que es el «derecho inválido» o «ilegítimo»²⁹.

Tal incompreensión tiene muchas y graves repercusiones, tanto en el plano de la teoría del derecho como en el de la teoría política: el no prestar atención a las antinomias y las lagunas que se dan en el ordenamiento; la ocultación, en nombre de una tácita presunción general de legitimidad³⁰, de la posible y, como se dijo en el § 8.9, en cierta medida fisiológica ilegalidad del ejercicio de cualquier poder; la reducción del papel de la ciencia jurídica a la contemplación acrítica del derecho existente. En su base hay un malentendido formalismo que descuida la vinculación no sólo formal (en cuanto a la forma de su ejercicio) sino también sustancial (en cuanto al contenido de las decisiones) de los poderes

normativos en el estado constitucional de derecho. Y el resultado es que se impide la comprensión de la estructura de las modernas democracias constitucionales, que se expresa precisamente a partir de los vínculos de contenido impuestos a tales poderes por los derechos fundamentales y por el resto de principios constitucionalmente establecidos.

Una teoría de la validez que pretenda dar cuenta de esta compleja estructura debe huir de este género de simplificaciones. Debe, por el contrario, basarse en el análisis de los dos elementos —la forma y el contenido, el signo y el significado, los procedimientos y la sustancia, el «cómo» y el «qué», las condiciones normativas de conformidad y las de coherencia— en los que he descompuesto, distinguiéndolos de los actos de los que se predicán, la estructura de la comunicación jurídica. Y debe satisfacer los siguientes requisitos: identificar las condiciones de existencia de un acto formal, aun cuando se esté ante la inobservancia, que prejuzga su validez, de una o más de las normas formales o sustantivas sobre su producción; distinguir las condiciones de validez de los actos formales no decisionales, que prescinden del significado, de aquellas otras mucho más complejas de las decisiones, que por el contrario dependen también del significado decidido; distinguir entre las condiciones de validez formal y las de validez sustancial de las decisiones establecidas por las normas, formales y sustantivas, sobre su producción; y finalmente permitir fundar una teoría de la invalidez capaz de identificar los vicios de forma y de significado determinados por las disconformidades con las normas formales y por las incoherencias con las normas sustantivas, así como los efectos de unos y de otros. Dada la complejidad de este conjunto de requisitos y la diferente naturaleza de los dos elementos —formal y sustancial— regulados por nuestras dos clases de normas sobre la producción, se comprende la importancia decisiva que, a los efectos de nuestro análisis, tendrá el uso de los cuantificadores a los que normas, formas y significados serán sometidos.

Apartándome de los usos corrientes, utilizaré dos términos distintos para designar el estatuto de los actos formales generado por la observancia de las normas que condiciona su existencia y el generado por la observancia de las normas que condiciona su perfección o regularidad. Llamaré '*vigencia*' a la existencia de los actos formales producida por la conformidad de al menos alguna de sus formas con alguna de las normas formales; y '*validez*' a la regularidad de esos mismos actos producida por la conformidad de todas sus formas con las normas formales y de al menos uno de sus significados con todas las normas sustantivas sobre su producción:

D9.16 '*Vigente*' es el acto formal dotado de una forma conforme al menos con algunas de las normas formales sobre su producción.

(x)(VIGx \equiv ($\exists f$)($\exists r$)(AFOx · FORfx · COFfr · NFORx))

D9.17 'Válido' es el acto formal cuyas formas son todas conformes con las normas formales sobre su formación y que admite al menos un significado coherente con todas las normas sustantivas sobre su producción.

$$(x)(\text{VAL}x \equiv (\text{AFO}x \cdot (r)((f)(\text{FOR}fx \rightarrow (\text{COF}fr \cdot \text{NFOR}x)) \cdot (\exists y)(\text{NSOR}x \rightarrow (\text{SIG}yx \cdot \text{COE}yr))))))$$

Para que un acto formal exista, o, si se quiere, esté en *vigor*, es pues necesario y suficiente, como resulta de los cuantificadores existenciales empleados en la D9.16, que no todas pero al menos sí algunas de sus formas —aquellas que lo hacen reconocible e inteligible como acto dotado de significado jurídico— sean conformes con las correspondientes normas formales. Por ejemplo, un contrato viciado por un consentimiento otorgado por error o arrancado con violencia está vigente aun cuando el contratante, como prevé el artículo 1427 de nuestro Código Civil, pueda pedir su anulación por inválido; así como está vigente, mientras no sea anulada, una sentencia dictada sin observar las formas establecidas por el artículo 178 del Código de Procedimiento Penal «bajo pena de nulidad». Por el contrario, un testamento verbal, o una ley no aprobada por una de las dos Cámaras, o una sentencia de un ciudadano particular no son ni siquiera vigentes o existentes, pues carecen de ese mínimo de requisitos formales que permiten identificarlos como actos jurídicos. *Quod principi placuit legis habet vigorem*, dice la clásica máxima de Ulpiano: a condición, evidentemente, de que sea al menos reconocible de algún modo *quod principi placuit*.

Mucho más compleja es la noción de *validez*. Para que un acto formal sea válido se requieren, como resulta de los cuantificadores empleados en la definición D9.17, dos clases de condiciones: que no algunas sino *todas sus formas* sean conformes con las normas formales que lo prevén; y que además, si se trata de una decisión, tenga *al menos un significado* coherente con *todas las normas sustantivas* sobre su producción. No son válidos por ejemplo, aunque estén vigentes mientras no sean anulados, el contrato viciado en el consentimiento o la sentencia carente de las formas de los que más arriba he hablado; como tampoco lo son una ley que viola el principio constitucional de igualdad, una disposición administrativa cuyo contenido contraste con una ley, un contrato viciado por causa ilícita o similares. Válido sólo es el acto formal por así decir «perfecto», el que observa no un mínimo sino un máximo de normas sobre su producción: no sólo las normas formales que condicionan su vigencia sino todas las normas, formales y sustantivas, de grado superior al mismo.

Ahora bien, como sabemos, la forma de un acto formal comporta siempre, por definición (D9.1), la conformidad con (o la observancia de) alguna norma formal (T9.124, T9.105): al menos de aquellas en ausencia de las cuales no existe ni forma ni acto formal (T9.34, T9.112, T9.125). De donde se sigue la que constituye la tesis central en materia

de vigencia: ‘forma’ y ‘vigencia’ son términos coextensivos (T9.131) y ‘acto formal’ es sinónimo de ‘acto vigente’ (T9.132), de modo que todos los actos formales, incluidas las decisiones, son vigentes (T9.133, T9.134). Dicho brevemente, ‘vigencia’ no es más que la existencia jurídica del acto formal (T9.135), o si se quiere, su relevancia o eficacia (T9.136), mientras que la no vigencia es su inexistencia (T9.137, T9.138) por falta de toda forma (T9.139). Por eso la vigencia, en el sentido convenido aquí, no concierne sólo a los actos normativos sino en general a todos los actos que precisan una forma para poder expresar significados jurídicos. Tienen vigencia no sólo las leyes sino también los actos formales singulares: tiene vigencia un matrimonio, un contrato de alquiler, un acto constitutivo de una sociedad mercantil, una certificación u otros similares. ‘Vigencia’, en este sentido, es sinónimo de «fuerza» en la expresión «fuerza de ley», cuyo uso bien podríamos generalizar hablando también de «fuerza de contrato», «fuerza de sentencia», «fuerza de disposición administrativa», etcétera:

T9.131	$(x)((\exists f)FORfx \equiv VIGx)$	D9.16, T9.124, T9.20
T9.132	$(x)(VIGx \equiv AFOx)$	T9.131, T9.20
T9.133	$(x)(AFOx \rightarrow VIGx)$	T9.132
T9.134	$(x)(y)(DECxy \rightarrow VIGx)$	T9.82, T9.133
T9.135	$(\exists x)VIGx \equiv (\exists x)AFOx$	T9.132
T9.136	$(x)(VIGx \equiv (EFCx \cdot AFOx))$	T9.132, D9.2, T5.41
T9.137	$(x)(\neg VIGx \equiv \neg AFOx)$	T9.132
T9.138	$(x)\neg VIGx \equiv \neg(\exists x)AFOx$	T9.135
T9.139	$(x)(\neg VIGx \equiv \neg(\exists f)FORfx)$	T9.131

De aquí se derivan cuatro importantes consecuencias: ante todo que la validez supone siempre la vigencia (T9.140), de manera que no existen actos formales válidos pero no vigentes (T9.141); en segundo lugar, que la vigencia consiste en ese tanto de observancia de (o conformidad con) las normas formales sobre la producción necesario y suficiente para que pueda hablarse de forma y de acto formal (T9.142, T9.143), y está excluida solamente en caso de su total inobservancia (o disconformidad) (T9.144, T9.145); en tercer lugar, que bien puede suceder que haya actos inválidos vigentes, como son, de un lado, los actos formales conformes con algunas pero no con todas las normas formales (T9.146) y, de otro, las decisiones cuyo significado contraste incluso sólo con alguna de las normas sustantivas sobre su producción (T9.147); y, finalmente, que la validez de un acto formal viene asegurada por la observancia de todas las normas, formales y sustantivas, sobre su producción (T9.148) y, en consecuencia, se pierde en caso de inobservancia, relativa a la forma o al significado, incluso de una sola de ellas (T9.149).

T9.140	$(x)(VALx \rightarrow VIGx)$	D9.17, T9.132
T9.141	$\neg(\exists x)(VALx \cdot \neg VIGx)$	T9.140
T9.142	$(x)(VIGx \equiv (\exists f)(\exists r)(OSSfr \cdot NFORx))$	T9.132, T9.110

T9.143	$(x)(VIGx \equiv (\exists f)(\exists r)(COFfr \cdot NFORx))$	T9.132, T9.123, D9.11
T9.144	$(x)(\neg VIGx \equiv (f)(r) \neg (OSSfr \cdot NFORx))$	T9.142
T9.145	$(x)(\neg VIGx \equiv (f)(r) \neg (COFfr \cdot NFORx))$	T9.143
T9.146	$(x)((AFOx \cdot (\exists f)(\exists r)(FORfx \cdot \neg (COFfr \cdot NFORx))) \rightarrow (VIGx \cdot \neg VALx))$	D9.17, T9.133
T9.147	$(x)((\exists y)DECxy \cdot (\exists r)(y)(NSOrx \cdot \neg (SIGyx \cdot COEyr))) \rightarrow (VIGx \cdot \neg VALx)$	D9.17, T9.134
T9.148	$(x)(r)((AFOx \cdot OSSxr \cdot NFORx \cdot NSOrx) \rightarrow VALx)$	
	D9.17, T9.114, T9.95, D9.14, D9.15, T4.67, T1.39, D9.11, D9.12	
T9.149	$(x)(r)((\exists f)(AFOx \cdot FORfx \cdot IOSfr \cdot NFORx) \vee ((y)(DECxy \cdot SIGyx \cdot IOSyr \cdot NSOrx)) \rightarrow \neg VALx)$	D9.17, T9.128, T9.129

Así pues, mientras que no cabe concebir actos o decisiones no vigentes, que es tanto como decir jurídicamente inexistentes, perfectamente pueden existir actos y decisiones inválidos, que como veremos son actos formales prohibidos, productores interinamente de los mismos efectos que los válidos y del ulterior y específico efecto de su anulabilidad. Está claro que ‘vigencia’, en este sentido, se corresponde bastante más con lo que Hans Kelsen llama «validez» obviando las complejas condiciones de forma y de significado que deben ser asociadas a este segundo concepto. La distinción entre los dos conceptos —asociados aquí ambos a los actos (formales) en lugar de a las normas, que al igual que las situaciones o los estatus son sus efectos y de las que, como veremos en el § 9.13, son más bien predicables la ‘legitimidad’ y la ‘ilegitimidad’³¹— y consiguiientemente entre sus negaciones, es decir, entre ‘inexistencia’ e ‘invalidéz’, es en cambio esencial si se quiere, de un lado, trazar una clara línea de confín entre «existencia» e «inexistencia» y, de otro, dar cuenta de la compleja y variada fenomenología de los actos inválidos por vicios de forma o de contenido³². Es esta fenomenología lo que debemos ilustrar ahora, analizando, en los dos párrafos siguientes, primero las condiciones de validez y después las opuestas de invalidéz.

9.10. Validez formal y validez sustancial

La validez por lo tanto ha sido definida como una noción compleja que se articula en dos dimensiones: la conformidad de las formas del acto con todas las normas formales y, cuando se trate de una decisión, la coherencia de al menos uno de sus significados con todas las normas sustantivas sobre su producción. Llamo ahora a estas dos dimensiones, respectivamente, ‘validez formal’ y ‘validez sustancial’³³.

D9.18 ‘Válido formalmente’ es el acto formal cuyas formas son todas conformes con todas las normas formales sobre su producción.

$(x)(VAFx \equiv (AFOx \cdot (f)(FORfx \rightarrow (r)(COFfr \cdot NFORx))))$

D9.19 ‘*Válida sustancialmente*’ es la decisión que admite al menos un significado coherente con todas las normas sustantivas sobre su producción.

(x)(VASx \equiv (($\exists y$)DECxy \cdot ($\exists y$)(r)(NSOrx \rightarrow (SIGyx \cdot COEyr))))

Estos dos conceptos, como resulta una vez más del uso de los cuantificadores, son sólo parcialmente simétricos. Corresponden, es verdad, a la regularidad de los dos elementos de los que se componen todos los actos formales: las formas, de las que la validez formal requiere, a diferencia de la vigencia, su conformidad no con alguna (D9.16, T9.143) sino con todas las normas formales (D9.18, T9.150); y el significado, del que la validez sustancial requiere su coherencia con todas las normas sustantivas (D9.19, T9.151). Sin embargo, mientras que la validez formal concierne a todos los actos formales (T9.152, T9.153), la validez sustancial concierne únicamente a las decisiones (T9.154, T9.155). Los significados de los actos formales que no consisten en decisiones —como el matrimonio, los actos de nombramiento, las notificaciones, los registros y otros similares— están en efecto, como se ha dicho en el § 9.6, rígidamente predeterminados por las normas hipotéticas que los prevén, de manera que para ellos ni siquiera se plantea un problema de coherencia (T9.122), ni por lo tanto de normas y validez sustanciales. De donde se deriva que la validez, aunque supone siempre la validez formal (T9.156) y resulta a su vez reforzada cuando a ésta se añade la sustancial (T9.157), no siempre equivale al producto lógico de las dos dimensiones de la validez. Tal equivalencia vale únicamente para las decisiones, las cuales se dirán válidas si y sólo si lo son tanto formal como sustancialmente (T9.158). En cambio, la validez de los actos formales que no consisten en decisiones, como son todos aquellos sólo constitutivos o puramente instrumentales, equivale simplemente a su validez formal (T9.159).

T9.150 (x)(VAFx \rightarrow (f)(r)(FORfx \rightarrow (COFfr \cdot NFORx))) D9.18

T9.151 (x)(VASx \rightarrow (r)(NSOrx \rightarrow ($\exists y$)(SIGyx \cdot COEyr))) D9.19

T9.152 (x)(VAFx \rightarrow ($\exists f$)(FORfx \cdot AFOx)) D9.18, T9.20

T9.153 (x)(AFOx \rightarrow (VAFx \equiv (f)(FORfx \rightarrow (r)(COFfr \cdot NFORx)))) D9.18

T9.154 (x)(VASx \rightarrow ($\exists y$)(SIGyx \cdot DECxy)) D9.19, T9.67

T9.155 (x)(($\exists y$)DECxy \rightarrow (VASx \equiv ($\exists y$)(r)(NSOrx \rightarrow (SIGyx \cdot COEyr)))) D9.19

T9.156 (x)(VALx \rightarrow VAFx) D9.17, D9.18

T9.157 (x)((VAFx \cdot VASx) \rightarrow VALx) D9.17, D9.18, D9.19

T9.158 (x)(($\exists y$)DECxy \rightarrow (VALx \equiv (VAFx \cdot VASx)))
T9.156, T9.157, D9.19, D9.17

T9.159 (x)((AFOx \cdot \neg ($\exists y$)DECxy) \rightarrow (VALx \equiv VAFx))
T9.156, D9.17, D9.18, D9.12

Hecha esta precisión podemos analizar ahora las diferencias de *estatuto* y de *estructura* entre nuestras cuatro categorías: vigencia y validez, validez formal y validez sustancial.

La diferencia de *estatuto* más radical es evidentemente la que media entre vigencia y validez. En el párrafo precedente se ha visto que la vigencia consiste en la existencia misma de un acto formal (T9.132) determinada por la observancia de al menos aquellas normas formales que permiten reconocerlo como tal (T9.142), de modo que la no vigencia equivale a la inexistencia del acto mismo (T9.137) por falta total de observancia de las normas formales sobre su producción (T9.144). Se puede demostrar por eso que un acto formal o una decisión, como tales vigentes aun cuando carezcan el uno de validez formal y la otra de validez sustancial por inobservancia de alguna norma formal o sustantiva (T9.160, T9.161), son simplemente prohibidos (T9.162, T9.163) y no ya inexistentes. Dicho brevemente, su falta de validez —o, como diremos en el próximo párrafo, su ‘invalidéz’ con respecto a alguna norma sobre su producción (T9.164)— no comporta, como la no vigencia, su inexistencia sino sólo su prohibición (T9.165). Son, por el contrario, válidos todos los actos formales, sean o no decisiones, que observen todas las normas, formales y sustantivas, sobre su producción (T9.166).

T9.160 $(x)((AFOx \cdot \neg VAFx) \rightarrow (\exists r)(IOSxr \cdot NFORx))$
D9.18, T9.114, T4.67, T1.39, D9.14, D9.11, T8.29, T4.70, T9.92

T9.161 $(x)(y)((DECxy \cdot \neg VASx) \rightarrow (\exists r)(IOSxr \cdot NSORx))$
D9.19, T9.95, T4.67, T1.39, D9.15, D9.12, T8.29, T4.70

T9.162 $(x)((AFOx \cdot \neg VAFx) \rightarrow VIEx)$ T9.160, T4.68

T9.163 $(x)(y)((DECxy \cdot \neg VASx) \rightarrow VIEx)$ T9.161, T4.68

T9.164 $(x)((AFOx \cdot \neg VALx) \rightarrow (\exists r)(IOSxr \cdot NPRrx))$
T9.158, T9.159, T9.161, T9.160, T9.86, T9.82

T9.165 $(x)((AFOx \cdot \neg VALx) \rightarrow (AFOx \cdot VIEx))$ T9.164, T4.68

T9.166 $(x)(r)((OSSxr \cdot NPRrx) \rightarrow VALx)$
T9.165, T1.4, T4.67, T1.39, D9.13, T9.82

La diferencia entre vigencia y validez formal es en cambio de tipo cuantitativo, pues radica en el distinto grado de observancia de las normas formales requerido en cada caso. Tanto una como otra, en efecto, hacen referencia a las formas de los actos formales (D9.16, T9.150). Pero mientras que la primera designa ese mínimo de conformidad de dichas formas (T9.143) sin el cual no existe ni forma ni acto formal, la segunda consiste en su conformidad con todas las normas sobre la formación del acto (T9.153). Si, según se ha dicho al comentar las tesis T9.87 y T9.89, concebimos las normas formales como las reglas sintácticas de la lengua jurídica, podemos decir que la vigencia designa la *pertenencia* a esa lengua de un determinado signo o acto lingüístico aunque esté incorrectamente formado, mientras que la validez formal designa su *corrección*, o sea, su cualidad de signo *bien formado*. Obviamente, repito, no es la teoría sino sólo el derecho positivo el que puede identificar con precisión, como sería deseable en garantía de la certeza, cuáles son las formas esenciales para la vigencia y cuáles las requeridas para la validez formal.

La diferencia entre validez formal y validez sustancial es, por el contrario, de naturaleza cualitativa, pues hace referencia a las distintas cuestiones de las que son predicables. Mientras que la validez formal hace referencia, como la vigencia, a las formas de los actos formales, la validez sustancial hace referencia a los significados de esos particulares actos formales que son las decisiones (T9.154). La primera es un asunto de *conformidad* (T9.150, T9.153); la segunda es un asunto de *coherencia* (T9.151, T9.155). No decimos que la compraventa de un inmueble estipulada sin forma escrita, una ley no aprobada por la mayoría de miembros de una de las dos Cámaras, o una sentencia dictada por un juez incompetente por razón de territorio (no entran en vigor, o no son formalmente válidas porque) son incoherentes con las normas sobre su formación establecidas por los artículos 1350 del Código Civil, 64 apartado 3 de la Constitución, 5-50 y 4-32 de los códigos de procedimiento civil y penal italianos. Decimos más bien que no aplican, no se corresponden o no son conformes con tales artículos. Y a la inversa, no decimos que una ley que instituye la censura política de la prensa o que discrimina a las mujeres en el acceso a un cargo público (no es válida porque) no aplica, no se corresponde o no es conforme con los artículos 21,3 y 51 de la Constitución, sino simplemente que es incoherente, o incompatible o contradictoria con ellos.

Podemos expresar estas diferencias diciendo que mientras que la vigencia y la validez formal son una cuestión de *lengua*, la validez sustancial es una cuestión de *lenguaje*. En efecto, las dos primeras categorías hacen referencia a la forma de los signos admitidos como jurídicamente relevantes, que es tanto como decir a los requisitos extrínsecos para que estén bien formados o por lo menos sean inteligibles como pertenecientes a la lengua jurídica por ser en todo o en parte conformes con las reglas sobre su formación³⁴. La tercera hace referencia, en cambio, sólo a los significados prescriptivos de esos signos que son las decisiones, es decir, a las situaciones o las normas expresadas y decididas por ellas como sus efectos (T9.67), de las que indica su coherencia con las normas sustantivas por las que están vinculadas (T9.151, T9.155). Decimos que el Código de Procedimiento Penal de 1930 ya no está en vigor (y no que es inválido) aunque en hipótesis resultasen sustancialmente válidas, por venir expresadas en artículos literalmente idénticos a los del vigente código de 1989, muchas de las normas formuladas en él. En cambio, decimos que no son válidas sustancialmente (y no formalmente, y mucho menos que no están vigentes) las normas del código actual que contradicen los principios de la Constitución. Y decimos que no son válidas formalmente (y no sustancialmente) las sentencias o los contratos anulables por vicios de forma y sin embargo vigentes mientras no tenga lugar su anulación.

Todas estas diferencias de estructura entre nuestros diferentes conceptos se hacen bien evidentes en el uso de los cuantificadores con los que, en sus definiciones, he vinculado las formas, los significados y las normas que los prevén. Desde las tesis T9.20 y T9.110 se ha visto que

todo acto formal supone siempre (al menos) una forma y por consiguiente la observancia de (al menos) algunas de las normas sobre su formación: aquellas en presencia de las cuales el acto resulta reconocible como tal y es por lo tanto existente. Por eso en la definición de ‘vigencia’ (D9.16) he cuantificado existencialmente tanto las formas requeridas a tal fin cuanto las normas formales que las predisponen. Formas y normas que las prevén, por el contrario, han sido cuantificadas universalmente en la definición de ‘validez formal’ (D9.18), en la más comprensiva de ‘validez’ (D9.17) y antes aún, se recordará, en la tesis T9.9 derivada de la definición de ‘forma’. Las normas formales, en efecto, son normalmente múltiples y complejas, y su observancia general, aun no siendo necesaria para que el acto cobre existencia, lo es sin embargo para que no resulte prohibido como formalmente no válido.

En cambio, he cuantificado existencialmente lo referente al ‘significado’ en la definición de ‘validez’ (D9.17) y luego en la de ‘validez sustancial’ (D9.19) por razones de otro tipo: por el hecho de que, como sabemos, todo acto o texto normativo admite varias interpretaciones y por consiguiente varios significados³⁵, algunos de los cuales pueden ser coherentes y otros incoherentes con las normas sustantivas sobre su producción. Para que una decisión sea sustancialmente válida es pues necesario y suficiente, según nuestra definición, que al menos uno de sus posibles significados sea coherente con (o que observe) sus normas sustantivas (T9.151, T9.155); mientras que para que no lo sea es necesario, como mostraré en el próximo párrafo, que sean incoherentes con éstas (no uno sino) todos los significados asociables a ella. En cambio, tanto en la definición de ‘validez sustancial’ como en la de ‘validez’, y antes aún en la tesis T9.70 derivada de la definición de ‘decisión’, he cuantificado universalmente las normas sustantivas de cuya observancia (o coherencia con sus significados) depende que la decisión sea permitida como sustancialmente válida. En efecto, resulta obvio que las normas sustantivas son mucho más numerosas que las normas formales, pues se identifican con todas las normas no formales de grado supraordenado a las decisiones: todas las normas de la primera parte de la Constitución, por lo que respecta a las leyes; todas las leyes no puramente procedimentales, por lo que respecta a las resoluciones administrativas y judiciales, y así sucesivamente en la estructura en grados del ordenamiento. Y es evidente que para que una decisión sea sustancialmente válida es necesario que su significado sea coherente no simplemente con una o varias de estas normas, sino con todas.

Por eso validez formal y validez sustancial, aun suponiendo ambas la vigencia, son independientes entre sí: una decisión válida formalmente puede no serlo sustancialmente y viceversa. Naturalmente el grado de disociación entre la validez y la vigencia y la relevancia de las dos figuras de validez varían según los tipos de decisiones. Y esto, además de explicar las diferentes concepciones de la validez elaboradas en los distintos ámbitos doctrinales, permite ilustrar la diferente fenomenología de los

distintos tipos de poder: de los poderes públicos y de los privados, del poder legislativo, del administrativo y del judicial.

Volveré más veces sobre esta heterogénea fenomenología de los distintos tipos de poder. No obstante, puede afirmarse ya que la disociación entre validez formal y vigencia es mínima en las leyes, que difícilmente entran en vigor como formalmente inválidas si no se observan las formas previstas, por ejemplo en el ordenamiento italiano, por los artículos 70-82 de la Constitución; si bien son muchos y controvertidos —baste pensar en los *referenda* y en los decretos ley— los casos en los que está en cuestión propiamente la validez formal de las decisiones legislativas adoptadas. Es, en cambio, máxima y máximamente relevante en los actos procesales y en los negocios, donde normalmente la violación de una o más normas formales no prejuzga la existencia o vigencia del acto, sino sólo su validez formal, provocando su anulabilidad cuando no esté prevista alguna medida sanatoria.

En cuanto a la validez sustancial, su relevancia varía en razón inversa al grado de autonomía reservado a sus autores: mínima en los negocios privados, cuyos únicos límites sustanciales son los que se resumen en la prohibición de causa ilícita; máxima en las sentencias penales, cuyos contenidos están vinculados por la taxatividad de las figuras de delito y por la obtención de la prueba, al punto de que, como se verá, se habla para ellas de ‘subsunción’ y de ‘aplicación’ en vez de hablar simplemente de ‘observancia’ o ‘respeto’ de la ley; menor, y sin embargo decisiva, en las leyes y en las disposiciones administrativas, donde los vínculos sustanciales, sean de rango constitucional o legislativo, están en la base de la estructura normativa del estado de derecho y de las garantías de los derechos fundamentales.

Aunque en línea de principio la incoherencia, o sea, la inobservancia de las normas sustantivas sobre la producción, no prejuzgue la vigencia sino sólo la validez sustancial de las decisiones producidas, en algunos casos puede resultar dudoso si la desobediencia de algunos límites (en apariencia) sustanciales genera la invalidez sustancial o, por el contrario, la inexistencia del acto. Tomemos, por ejemplo, un acto de disposición del propio cuerpo, prohibido por el artículo 5 de nuestro Código Civil si ocasiona una disminución permanente de la integridad física; una disposición contractual o testamentaria contraria al orden público o a las buenas costumbres; o una sentencia de contenido insólito en cuanto disponga, por ejemplo, una expropiación por utilidad pública. La cuestión de si tales actos son inválidos o inexistentes no puede resolverse en el plano teórico, sino sólo a partir del derecho positivo. Si la ley dispone (o se considera que dispone) la inexistencia total del acto, quiere decir que tal límite viene tratado por ella como una condición esencial de *forma*, por ejemplo como un límite a la capacidad de obrar o a la competencia; en cambio, si la nulidad admite (o en cualquier caso se considera que admite) un procedimiento de invalidación y de anulación, quiere decir que nos hallamos ante un caso de invalidez sustancial. En ningún caso

es concebible la inexistencia de una decisión por vicios sustanciales³⁶. La cuestión, por lo demás, es de carácter dogmático más que teórico. En materia civil, además, la propia distinción entre invalidez e inexistencia no tiene la misma relevancia práctica que en el derecho público: mientras que una ley o una sentencia inválida son vigentes y por tanto eficaces, la eficacia de un negocio inválido está normalmente comprometida, en la práctica, por la inexigibilidad en juicio de las pretensiones inválidas y anulables surgidas a partir del mismo.

9.11. *La invalidez. Invalidez formal e invalidez sustancial*

El sistema de conceptos del que disponemos nos permite ahora desenredar la maraña de problemas de los que durante mucho tiempo se ha ocupado el análisis teórico de los aspectos formales y sustanciales de la regularidad e irregularidad de los actos jurídicos preceptivos: ante todo de las condiciones en las que ni siquiera puede hablarse de un acto formal, por ausencia de los necesarios requisitos de forma, y aquello de lo que se trata es jurídicamente inexistente o no vigente; en segundo lugar, de las condiciones en las que un acto formal está viciado por algún defecto de forma y sin embargo resulta vigente, aunque prohibido como no válido formalmente; en tercer lugar, de las condiciones en las que una decisión vigente e incluso formalmente válida presenta sin embargo defectos de significado y está, pues, igualmente prohibida como no válida sustancialmente; en cuarto lugar, de las condiciones en las que una decisión, vigente pero no válida por defectos de forma y/o de significado, es sanable y de aquellas en las que es anulable; y, finalmente, de las condiciones en las que una decisión es perfectamente regular, al ser válida tanto formal como sustancialmente. De una sentencia, por ejemplo, deberemos estar en condiciones de establecer si ha sido emitida en la forma requerida para que pueda hablarse de ella como de una verdadera sentencia, o sea, de una sentencia vigente; si, no obstante, el procedimiento judicial que la ha precedido ha incurrido en alguna inobservancia de las normas de procedimiento y si ésta ha sido sanada, es sanable o constituye por el contrario causa de anulabilidad; si, en fin, resulta (o no resulta) inválida en el mérito, o sea, en el contenido o en la sustancia, por inobservancia o errónea aplicación, en hecho o en derecho, de una o más normas legales sustantivas y por tal motivo sujeta a reforma o a casación.

A tal fin es útil completar y al mismo tiempo someter a control nuestro largo análisis de la vigencia y de la validez, aun a costa de hacerlo todavía más prolijo, definiendo y analizando las opuestas figuras de la invalidez, tanto formal como sustancial, y los vicios de forma y de significado que las determinan. Con las tesis T9.112-T9.119, T9.125-T9.130, T9.144-T9.145 y T9.162-T9.165 se ha visto que mientras que la total inobservancia de las normas formales se resuelve en la no vigencia, y por lo tanto en la inexistencia de los actos de los que se habla, cualquier

otro tipo de inobservancia comporta simplemente, con la no validez, su prohibición. Desgraciadamente, como se ha añadido, la teoría, al no poder arrogarse funciones legislativas, no está en condiciones de establecer —sino sólo de auspiciar que el derecho positivo establezca con la máxima precisión— cuáles son los defectos que comprometen la vigencia y cuáles los que únicamente comprometen la validez formal. Tan sólo podemos decir, a partir de los cuantificadores empleados en nuestras definiciones, que las formas que condicionan la vigencia son al menos algunas de las previstas por las normas formales, y que por lo tanto de no vigencia o de inexistencia sólo puede hablarse con seguridad cuando no se da ninguna de ellas. En todos los demás casos hablaremos, para los actos vigentes o existentes, de no validez, formal y/o sustancial.

Simplifiquemos, pues, nuestro lenguaje llamando '*inválido*', '*inválido formalmente*' e '*inválido sustancialmente*' a las negaciones de las opuestas figuras de validez.

D9.20 '*Inválido*' es todo acto formal no válido.

$$(x)(INVx \equiv (AFOx \cdot \neg VALx))$$

D9.21 '*Formalmente inválido*' es todo acto formal no válido formalmente.

$$(x)(IVFx \equiv (AFOx \cdot \neg VAFx))$$

D9.22 '*Sustancialmente inválida*' es toda decisión no válida sustancialmente.

$$(x)(IVSx \equiv ((\exists y)DECxy \cdot \neg VASx))$$

De aquí se deriva que, inversamente, validez, validez formal y validez sustancial equivalen a su vez, respectivamente, a las negaciones, dentro de las respectivas clases de actos, de las correspondientes figuras de invalidez (T9.167-T9.169); que, por lo tanto, las sumas lógicas de los actos válidos y de los inválidos son distinciones exhaustivas y dicotómicas dentro de la clase de los actos formales o vigentes (T9.170-T9.171); así como lo son, a partir de las definiciones D9.21 y D9.22, la que existe entre actos formalmente válidos y actos formalmente inválidos dentro de la clase de todos los actos formales (T9.172), y la que existe entre decisiones sustancialmente válidas y decisiones sustancialmente inválidas dentro del ámbito sólo de las decisiones (T9.173).

T9.167	$(x)(VALx \equiv (AFOx \cdot \neg INVx))$	D9.17, D9.20
T9.168	$(x)(VAFx \equiv (AFOx \cdot \neg IVFx))$	D9.18, D9.21
T9.169	$(x)(VASx \equiv ((\exists y)DECxy \cdot \neg IVSx))$	D9.19, D9.22
T9.170	$(x)(AFOx \equiv (VALx \vee INVx))$	T9.167, D9.17, D9.20
T9.171	$(x)(VIGx \equiv (VALx \vee INVx))$	T9.170, T9.132
T9.172	$(x)(AFOx \equiv (VAFx \vee IVFx))$	T9.168, D9.21
T9.173	$(x)((\exists y)DECxy \equiv (VASx \vee IVSx))$	T9.169, D9.22

No es en cambio dicotómica, sino sólo exhaustiva, la distinción de los actos inválidos expresada por la suma lógica de los actos inválidos formalmente y de los actos inválidos sustancialmente (T9.174), pues un mismo acto bien puede ser inválido tanto formal como sustancialmente. Hay por lo tanto una (aparente) asimetría entre validez e invalidez: mientras que la validez consiste, cuando se trata de decisiones, en el producto lógico (o conjunción) de la validez formal y de la sustancial (T9.158) y, cuando se trata de actos formales que no son decisiones, sólo en la validez formal (T9.159), la invalidez consiste en la suma lógica (o disyunción) de la invalidez formal y de la sustancial, pues tiene lugar no sólo en presencia de ambas sino también sólo de una u otra.

T9.174 (x)(INV_x \equiv (IVF_x \vee IVS_x))

D9.20, D9.21, D9.22, T9.156, T9.158, T9.82, T9.159

Se puede por lo tanto demostrar que la invalidez formal consiste en la existencia de *alguna* disconformidad (o no observancia) de la forma de un acto con respecto a una norma formal (T9.175, T9.176), mientras que la invalidez sustancial consiste en la incoherencia (o no observancia) de *todos* los significados asociables a una decisión con alguna norma sustantiva (T9.177, T9.178). Para que un acto sea formalmente inválido es pues suficiente, además de necesario, que incluso una sola de sus formas resulte disconforme con (T9.175) —o que no todas sus formas sean conformes con (T9.179)— sus normas formales. Para que una decisión resulte sustancialmente inválida es en cambio necesario, además de suficiente, (no que uno solo sino) que todos los significados asociables a la misma sean incoherentes (T9.177) —o que ninguno de ellos sea coherente (T9.180)— con sus normas sustantivas. La invalidez es, por consiguiente, un concepto todavía más complejo que el de validez, al consistir, de un lado, en la conformidad del acto a esos mínimos requisitos de forma requeridos como condiciones de su existencia o vigencia y, de otro, en la disconformidad de alguna de sus formas o en la incoherencia de todos los significados asociables al mismo con respecto a las normas, formales o sustantivas, sobre su producción (T9.181).

T9.175 (x)(IVF_x \equiv ($\exists f$)($\exists r$)(AFO_x · FOR_{fx} · \neg (COF_{fr} · NFOR_x))) D9.21, D9.18

T9.176 (x)(IVF_x \equiv ($\exists f$)($\exists r$)(AFO_x · FOR_{fx} · \neg (OSS_{fr} · NFOR_x)))

T9.175, D9.14

T9.177 (x)(IVS_x \equiv (($\exists y$)DEC_{xy} · (y)($\exists r$)(NSOR_x · \neg (SIG_{yx} · COE_{yr}))))

D9.19, D9.22

T9.178 (x)(IVS_x \rightarrow (y)((DEC_{xy} · SIG_{yx} \rightarrow ($\exists r$)(\neg OSS_{yr} · NSOR_x)))

T9.177, D9.15

T9.179 (x)(IVF_x \equiv (AFO_x · \neg (f)(r)(FOR_{fx} \rightarrow (COF_{fr} · NFOR_x))))

T9.175

T9.180 (x)(IVS_x \equiv (($\exists y$)DEC_{xy} · \neg ($\exists y$)(r)(NSOR_x \rightarrow (SIG_{yx} · COE_{yr}))))

T9.177

T9.181 (x)(INV_x \equiv (AFO_x · ($\exists r$)(($\exists f$)(FOR_{fx} · \neg (COF_{fr} · NFOR_x)) \vee

(y)(NSOR_x · \neg (SIG_{yx} · COE_{yr})))) T9.174, T9.175, T9.177, T9.82, D9.12

Esta diferencia estructural entre las dos formas de invalidez —la presencia de alguna disconformidad incluso con una sola norma formal en la invalidez formal y la incoherencia de todos sus posibles significados con cualquier norma sustantiva en la invalidez sustancial— está ligada, al igual que la que existe entre las dos formas de validez, a la especificidad lingüística de las decisiones. En efecto, el significado de las decisiones, al no estar predeterminado normativamente como el de los actos constitutivos o de cualquier modo no decisionales, requiere en cada caso una *interpretación* que, como sabemos, puede variar dependiendo del grado de vaguedad de sus formulaciones y de la diversidad de los intérpretes. De aquí se deriva que para que una decisión sea válida es suficiente, en virtud de un obvio principio de conservación, que de la pluralidad de los significados que admite al menos uno —el que deberá ser seleccionado por el intérprete— resulte coherente con las normas sustantivas de grado superior a ella; mientras que para que sea inválida es necesario que sean incoherentes con dichas normas todos sus posibles significados. Lo que es tanto como decir que el intérprete, si no quiere reconocer la invalidez de la decisión, viene obligado por un obvio *principium iuris tantum* a buscar y a proporcionar interpretaciones correctas de la misma: coherentes con los principios establecidos por la constitución, cuando se trate de leyes, y con las leyes sustantivas, cuando se trate de decisiones de otro tipo.

La invalidez formal depende en cambio de la existencia de vicios de forma, constatables mediante indagaciones empíricas y calificables como tales a partir de las normas formales, exactamente del mismo modo en que lo son, a partir de las normas que los prevén, los actos informales ilícitos u obligatorios. Obviamente también el reconocimiento de la validez y de la invalidez formal requiere la interpretación de las normas formales, cuyas fuentes admiten, como todas las decisiones, una pluralidad de significados. Pero esta interpretación únicamente se refiere a las normas formales, a cuya luz es evaluable la conformidad o correspondencia de las formas de los actos con las obligatoriamente preestablecidas por ellas. Por el contrario, el reconocimiento de la validez e invalidez sustancial requiere interpretar, además de las normas sustantivas, también las prescripciones contenidas en las decisiones mismas, cuya coherencia con las prescripciones normativas está en cuestión. Por eso, como ya se ha dicho en el § 9.8, mientras que el juicio de invalidez formal es *también* un juicio *de hecho* en torno a la existencia de un cierto vicio de forma, el de invalidez sustancial es *sólo* un juicio *de derecho* sobre los vicios sustanciales consistentes en la incompatibilidad de todos los significados asociables a una decisión con las normas superiores a la misma³⁷.

Es además evidente que también la invalidez sustancial, al igual que la validez sustancial, se refiere sólo a las decisiones (T9.182), cuyos significados son justamente decididos por sus autores. Por eso, análogamente a cuanto se ha dicho para la validez, sólo para las decisiones vale la tesis T9.174 según la cual la invalidez puede ser o formal o sustancial

(T9.183). En cambio, para los actos formales que no consisten en decisiones, como los constitutivos, la invalidez se identifica sólo con la invalidez formal (T9.184).

T9.182 $(x)(VASx \rightarrow (\exists y)DECxy)$ D9.19

T9.183 $(x)((\exists y)DECxy \rightarrow (INVx \equiv (IVFx \vee IVSx)))$ T9.174

T9.184 $(x)((AFOx \cdot \neg(\exists y)DECxy) \rightarrow (INVx \equiv IVFx))$ T9.167, T9.168, T9.159

De aquí se deriva una consecuencia aparentemente banal pero de extrema importancia para el análisis de la fenomenología de la inobservancia del derecho y de las garantías que pueden predisponerse contra ella. Los actos inválidos son siempre actos formales prohibidos (T9.185), en tanto que actos de desobediencia a prohibiciones y violación de las correspondientes expectativas negativas (T9.186). Más concretamente, consisten en la inobservancia de las normas sobre su producción (T9.187): los actos formalmente inválidos consisten en la inobservancia de las correspondientes normas formales (T9.188); las decisiones sustancialmente inválidas, en la inobservancia de las correspondientes normas sustantivas (T9.189). Y puesto que, como sabemos, los actos ilícitos son a su vez actos informales prohibidos (D9.4), diremos que la categoría de los actos jurídicos prohibidos incluye la suma lógica de los actos ilícitos y de los actos inválidos (T9.190).

T9.185 $(x)(INVx \rightarrow (AFOx \cdot VIEx))$ T9.165, D9.20

T9.186 $(x)(INVx \rightarrow ((\exists y')(INOxy' \cdot DIVy'x) \cdot (\exists y'')(VIOxy'' \cdot ASPy''\perp x)))$
T9.185, D9.2, T5.16, T2.81, D2.10, T2.106

T9.187 $(x)(INVx \rightarrow (\exists r)(AFOx \cdot IOSxr \cdot NPRrx))$ T9.164, D9.20

T9.188 $(x)(IVFx \rightarrow (\exists r)(AFOx \cdot IOSxr \cdot NFORx))$ T9.160, D9.21

T9.189 $(x)(IVSx \rightarrow (\exists y)(\exists r)(DECxy \cdot IOSxr \cdot NSOrx))$ T9.161, D9.22

T9.190 $(x)((ILLx \vee INVx) \rightarrow (ATTx \cdot VIEx))$ T9.185, D9.4, T9.13

T9.191 $(x)((ILLx \vee INVx) \rightarrow ((\exists y')(INOxy' \cdot DIVy'x) \cdot (\exists y'')(VIOxy'' \cdot ASPy''\perp x)))$
T9.41, T9.42, T9.186

T9.192 $(x)((ILLx \vee INVx) \rightarrow (\exists r)(IOSxr \cdot NDErx))$
T9.52, T9.164, D9.20, D9.13

T9.193 $(x)((\exists f)(\exists r)(AFOx \cdot FORfx \cdot IOSfr \cdot NFORx) \rightarrow IVFx)$
D9.21, D9.18, D9.14, T4.70

T9.194 $(x)((\exists y)(\exists r)(DECxy \cdot SIGyx \cdot IOSyr \cdot NSOrx) \rightarrow IVSx)$
D9.22, D9.19, D9.15, T4.70

Ilícitud e invalidez vienen a configurarse así como los dos tipos de desobediencia a prohibiciones, de violación de las correlativas expectativas (T9.191) y de inobservancia de normas deónticas (T9.192) —en la esfera de los actos informales y en la de los actos formales, respectivamente— en los que pueden dividirse todas las transgresiones jurídicas. Diremos, en particular, que son formalmente inválidos todos los actos formales cuya forma es inobservante de una norma formal (T9.193); mientras que son inválidas sustancialmente todas las decisiones cuyo significado es inobservante de una norma sustantiva sobre su producción (T9.194).

9.12. *Los vicios en la producción jurídica. Vicios por comisión y vicios por omisión. Vicios formales y vicios sustanciales*

Hasta el momento hemos hablado de dos tipos de inobservancia de las normas sobre la producción: inobservancias formales, que lesionan al menos alguna de las formas predispuestas para un acto formal por una norma formal; e inobservancias sustanciales, que afectan a todos los posibles significados asociables a una decisión. Añado ahora una segunda distinción en el campo de las inobservancias: la que existe entre inobservancias por comisión e inobservancias por omisión de las prohibiciones o de las obligaciones, formales o sustantivas, contenidas en las normas sobre la producción. Llamaré '*vicio*' al efecto producido por cualquiera de estas inobservancias.

D.9.23 '*Vicio*' es el efecto de la inobservancia de una norma sobre la producción.

$(w)(x)(VIZ_{wx} \equiv (\exists r)(EFF_{wx} \cdot IOS_{xr} \cdot NPR_r))$

Aplicando la regla de sustitución de las variables subjetivas (SOS), se deriva de ahí que son vicios no solamente los integrados por inobservancias consistentes en la comisión sino también aquellos integrados por inobservancias consistentes en la omisión de cuanto es requerido por una norma sobre la producción (T9.195). Por lo tanto, podemos realizar dos grandes distinciones entre los vicios. La primera entre vicios consistentes en la inobservancia por comisión y vicios consistentes en la inobservancia por omisión de las normas sobre la producción (T9.196). La segunda entre vicios de forma y vicios sustanciales, por inobservancia en un caso de las normas formales y en el otro de las normas sustantivas sobre la producción (T9.197). Cruzando las dos distinciones obtendremos cuatro tipos de vicios: vicios de forma por comisión, vicios de forma por omisión, vicios sustanciales por comisión y vicios sustanciales por omisión (T9.198).

T9.195 $(w)(x)(VIZ_{w\perp x} \equiv (\exists r)(EFF_{w\perp x} \cdot IOS_{\perp xr} \cdot NPR_r))$ D9.23

T9.196 $(w)(x)((VIZ_{wx} \vee VIZ_{w\perp x}) \equiv (\exists r)((EFF_{wx} \cdot IOS_{xr} \cdot NPR_r) \vee (EFF_{w\perp x} \cdot IOS_{\perp xr} \cdot NPR_r)))$ D9.23, T9.195

T9.197 $(w)(x)(VIZ_{wx} \equiv (\exists r)((EFF_{wx} \cdot IOS_{xr} \cdot NFOR_r) \vee (EFF_{wx} \cdot IOS_{xr} \cdot NSOR_r)))$ D9.23, T9.86

T9.198 $(w)(x)((VIZ_{wx} \vee VIZ_{w\perp x}) \equiv (\exists r)((EFF_{wx} \cdot IOS_{xr} \cdot NFOR_x) \vee (EFF_{wx} \cdot IOS_{xr} \cdot NSOR_x) \vee (EFF_{w\perp x} \cdot IOS_{\perp xr} \cdot NFOR_r) \vee (EFF_{w\perp x} \cdot IOS_{\perp xr} \cdot NSOR_r)))$ T9.196, T9.86

Los vicios de forma se producen predominantemente por omisión: por ejemplo, por falta de la firma o de la forma escrita en los contratos para los que una u otra se exigen; o por la no realización de un acto instrumental, como la autorización o la ratificación requeridas por una nor-

ma formal para un determinado acto preceptivo; o incluso por la no introducción de una norma formal, por ejemplo, sobre la competencia de un acto instrumental igualmente requerido como condición de validez o incluso de existencia de una cierta decisión. En este último caso hablaremos, en el próximo capítulo, de ‘lagunas formales’ (D10.45). Pero tampoco faltan vicios de forma por comisión, como por ejemplo el error, la violencia o el dolo que vician el consentimiento en un contrato.

Por el contrario, los vicios sustanciales se producen predominantemente por comisión: por incoherencia de los significados de las decisiones, es decir, de las normas o de las situaciones por ellas producidas, con los de las normas sustantivas sobre su producción. Es el caso, cuando tal incoherencia es predicable de normas producidas por decisiones normativas sustancialmente inválidas, de las que en su momento llamaré ‘antinomias’ (D10.43). Pero no faltan vicios sustanciales por omisión, como son por ejemplo las que en su momento llamaré ‘lagunas sustanciales’ (D10.46), que consisten en la ausencia de una norma que debería haber sido producida en observancia de una norma sustantiva. Antinomias y lagunas, unas y otras referidas a normas sobre la producción, constituyen por lo demás, como veremos en los §§ 10.19-10.20 y 12.13, la clase de vicios más relevantes en el paradigma del estado constitucional de derecho: las unas por comisión y las otras por omisión.

Lamaré ‘*vicios formales*’ a los vicios consistentes en la inobservancia de (o disconformidad de una forma con) una norma formal, y ‘*vicios sustanciales*’ a los consistentes en la inobservancia de (o en la incoherencia de un significado prescriptivo con) una norma sustantiva.

D9.24 ‘*Vicio formal*’ es todo vicio de forma de un acto formal consistente en la inobservancia de (o en la disconformidad con) una norma formal.

$(w)(f)(VIFwf \equiv (\exists x)(\exists r)(VIZwf \cdot AFOx \cdot FORfx \cdot IOSfr \cdot NFORx))$

D9.25 ‘*Vicio sustancial*’ es todo vicio de significado de una decisión consistente en la inobservancia de (o en la incoherencia con) una norma sustantiva.

$(w)(y)(VISwy \equiv (\exists x)(\exists r)(VIZwy \cdot DECxy \cdot SIGyx \cdot IOSyr \cdot NSOrx))$

De aquí se deriva, aplicando de nuevo la regla de la sustitución, que son asimismo vicios formales los consistentes en la omisión de las formas prescritas por una norma formal (T9.199) y vicios sustanciales los consistentes en la omitida producción de significados de acuerdo con una norma sustantiva (T9.200). Es evidente además que los vicios por comisión se refieren en todo caso a un acto vigente o existente: a un acto formal, si consisten en la disconformidad de una de sus formas con una norma formal sobre su producción (T9.201); y a una decisión, si consisten en la incoherencia de su significado con una norma sustantiva sobre su producción (T9.202). La distinción entre los dos tipos de vicios comisivos reproduce en efecto la distinción entre los dos tipos de invalidez

(T9.174): los vicios formales tienen que ver con las formas de los actos inválidos formalmente (T9.203); los sustanciales con los significados de las decisiones inválidas sustancialmente (T9.204). En ambos casos están integrados por actos viciados: por actos formalmente inválidos los primeros y por decisiones sustancialmente inválidas los segundos.

T9.199 (w)(f)(VIFw \perp f \equiv (\exists x)(\exists r)(VIZw \perp f · AFOx · FOR \perp fx · IOS \perp fr · NFORx)) D9.24

T9.200 (w)(y)(VISw \perp y \equiv (\exists x)(\exists r)(VIZw \perp y · DECx \perp y · SIGy \perp x · IOS \perp yr · NSORx)) D9.25

T9.201 (w)(x)(VIFwf \rightarrow (\exists f)(\exists r)(AFOx · FORfx · \neg COFfr · NFORx)) D9.24, T9.129

T9.202 (w)(x)(VISwy \rightarrow (\exists y)(\exists r)(DECxy · SIGyx · \neg COEyr · NSORx)) D9.25, T9.128

T9.203 (w)(x)(VIFwf \rightarrow (\exists f)(FORfx · AFOx · IVFx)) D9.24, D9.18, D9.14, T4.70, D9.21

T9.204 (w)(x)(VISwy \rightarrow (\exists y)(SIGyx · DECxy · IVSx)) D9.25, D9.19, D9.15, T4.70, D9.22

Un rasgo común a todos los vicios —sean formales o sustanciales, comisivos u omisivos— es el hecho de que no pueden ser eliminados ni reparados si no es mediante una específica decisión, precisamente de observancia de la norma por ellos inobservada. Podrá tratarse, como se verá en el § 9.14, de un acto judicial de anulación del acto formal o sustancialmente inválido; de un acto legislativo, administrativo o negocial que deroga, revoca o de cualquier modo corrige dicho acto; o incluso de la introducción —legislativa, administrativa o negocial— del acto cuya omisión integra una inobservancia, formal o sustancial, de la norma sobre su producción. Es también posible que, por un vicio de segundo grado —lo que en su momento llamaré ‘laguna secundaria’ (D10.48)— un ordenamiento carezca de alguno de estos procedimientos de eliminación o de reparación del vicio, por ejemplo de la acción de nulidad o incluso de una jurisdicción de legitimidad. Para que pueda hablarse de ‘vicio’ lo que hace falta es que no se trate de una imperfección aparente, es decir, a la que pueda dar solución el propio intérprete precisamente mediante una interpretación que resuelva el problema a partir de las normas existentes.

Añado que los vicios son un efecto fisiológico —que más allá de ciertos límites puede convertirse en un fenómeno patológico— de la normatividad del derecho en relación consigo mismo, y por tanto de la inevitable divergencia entre su deber ser y su ser en el ámbito mismo del ejercicio de los poderes de producción jurídica. De ahí, como veremos en su momento, su relevancia teórica para el análisis del paradigma constitucional, donde esos vicios, cuando se refieren a normas legales, se manifiestan en antinomias y en lagunas en el mismo cuerpo del derecho positivo en relación con las normas constitucionales sobre su producción.

9.13. *Legitimidad e ilegitimidad de las situaciones.**El principio de legitimidad de los efectos de los actos preceptivos*

En la segunda parte se ha visto que las situaciones, los estatus jurídicos y las normas, siendo todos, excepto la situación constituyente, efectos de actos (T6.45, T7.2 y T8.11), están al igual que éstos sometidos al principio de legalidad o, más exactamente, como se dijo en los §§ 6.6 y 8.6, de legitimidad (T8.56, T8.67, T8.72-T8.78). Estos principios podrán ser ahora mejor precisados en relación con las normas que regulan la producción de tales actos. Correlativamente a los principios de mera legalidad o de legalidad formal de los actos formales (T9.92) y de estricta legalidad o de legalidad sustancial de las decisiones (T9.93), llamaré *principio de mera legitimidad* o de *legitimidad formal* al sometimiento a normas formales de las situaciones, los estatus y las normas producidas por actos formales (T9.205), y *principio de estricta legitimidad* o de *legitimidad sustancial* al sometimiento a normas sustantivas de las mismas normas, estatus y situaciones producidas y decididas por decisiones (T9.206).

$$\text{T9.205 } (y)(x)((\text{NOR}_y \vee \text{SIT}_y \vee \text{STG}_y) \cdot \text{EFF}_{yx} \cdot \text{APR}_{xy}) \rightarrow (\exists r)(\exists f)(\text{NFOR}_x \cdot \text{REG}_{rx} \cdot \text{REG}_{rf} \cdot \text{FOR}_{fx}) \quad \text{T9.59, T9.92}$$

$$\text{T9.206 } (y)(x)((\text{SIT}_y \vee \text{NOR}_y) \cdot \text{EFF}_{yx} \cdot \text{DEC}_{xy}) \rightarrow (\exists r)(\text{NSOR}_x \cdot \text{REG}_{rx} \cdot \text{REG}_{ry} \cdot \text{SIG}_{yx}) \quad \text{T9.93}$$

La validez y la invalidez —formal o sustancial— de los actos preceptivos y de las decisiones repercuten, pues, sobre los efectos que son sus significados, condicionando la que aquí denominaré su ‘legitimidad (jurídica)’³⁸. Llamaré ‘*legítimos*’ a los efectos dispuestos por actos preceptivos válidos como sus significados, e ‘*ilegítimos*’ a los dispuestos por actos preceptivos inválidos.

D9.26 ‘*Legítimos*’ son los efectos expresados, como sus significados, por los actos preceptivos válidos.

$$(y)(\text{LGT}_y \equiv (\exists x)(\text{EFF}_{yx} \cdot \text{SIG}_{yx} \cdot \text{APR}_{xy} \cdot \text{VAL}_x))$$

D9.27 ‘*Ilegítimos*’ son los efectos expresados, como sus significados, por los actos preceptivos inválidos.

$$(y)(\text{ILG}_y \equiv (\exists x)(\text{EFF}_{yx} \cdot \text{SIG}_{yx} \cdot \text{APR}_{xy} \cdot \text{INV}_x))$$

Así pues, son legítimos o ilegítimos todos los efectos y sólo los efectos expresados por actos preceptivos como sus significados (T9.207). Ahora bien, como sabemos, tales efectos son siempre normas, situaciones o estatus jurídicos (T9.60). Por consiguiente, sólo de éstos será predicable la *legitimidad* o *ilegitimidad* (T9.208-T9.211), según sean *válidos* o *inválidos* los actos de los que traen causa. No tendría sentido, en efecto,

hablar de ‘legitimidad’ o de ‘ilegitimidad’ a propósito, por ejemplo, de la responsabilidad, que como veremos es una situación pasiva consistente en la expectativa de una condena producida como efecto, pero no desde luego como significado, de un acto informal ilícito. Sólo tiene sentido hablar de ello a propósito de las normas, de las situaciones y de los estatus que son efectos y al propio tiempo significados prescriptivos de actos lingüísticos como son justamente los actos preceptivos.

- T9.207 (y)((LGTy v ILGy) \equiv ($\exists x$)(EFFyx · SIGyx · APRxy))
D9.26, D9.27, T9.59, T9.170
- T9.208 (y)(LGTy \equiv ($\exists x$)((NORy v SITy v STGy) · EFFyx · SIGyx · APRxy · VALx))
D9.26, T9.60
- T9.209 (y)((NORy v SITy v STGy) · LGTy) \equiv ($\exists x$)(EFFyx · SIGyx · APRxy · VALx)
D9.26, T9.60
- T9.210 (y)(ILGy \equiv ($\exists x$)((NORy v SITy v STGy) · EFFyx · SIGyx · APRxy · INVx))
D9.27, T9.60
- T9.211 (y)((NORy v SITy v STGy) · ILGy) \equiv ($\exists x$)(EFFyx · SIGyx · APRxy · INVx)
D9.27, T9.60

Por lo tanto, las tesis T9.208 y T9.209 reformulan el que he llamado *principio de legitimidad* de las situaciones y de los estatus, correlativo al principio de legalidad de los actos preceptivos. De acuerdo con esas tesis, que precisan el significado y alcance del principio como fue enunciado en el capítulo precedente con las tesis T8.72-T8.75, las normas, las situaciones y los estatus prescritos por actos preceptivos son legítimos si y sólo si tales actos son válidos. Más concretamente, se dirán legítimas las normas y las situaciones que constituyen el significado de decisiones válidas (T9.212), así como los estatus expresados por actos constitutivos válidos (T9.214). Se dirán en cambio ilegítimas las normas y las situaciones expresadas y producidas por decisiones inválidas (T9.213) y los estatus expresados y producidos por actos constitutivos igualmente inválidos (T9.215).

- T9.212 (y)(x)((SIGyx · EFFyx · DECxy · VALx) \rightarrow ((NORy v SITy) · LGTy))
D9.26, T9.67, T9.77
- T9.213 (y)(x)((SIGyx · EFFyx · DECxy · INVx) \rightarrow ((NORy v SITy) · ILGy))
D9.27, T9.67, T9.77
- T9.214 (y)(x)((SIGyx · EFFyx · ACOxy · VALx) \rightarrow (STGy · LGTy))
D9.26, T9.72, T9.77
- T9.215 (y)(x)((SIGyx · EFFyx · ACOxy · INVx) \rightarrow (STGy · ILGy))
D9.27, T9.72, T9.77

Que luego en el lenguaje corriente se hable elípticamente y a la ligera de actos y de normas (o de situaciones o estatus) válidos o legítimos, o inválidos o ilegítimos, obedece a la relación biunívoca que existe entre nuestras dos parejas de conceptos. Lo importante es que quede claro que estos dos pares —validez e invalidez, legitimidad e ilegitimidad— se

refieren uno a los actos preceptivos y otro a sus efectos o significados. Hablaremos por lo tanto de poderes y deberes legítimos o ilegítimos según sean válidas o inválidas las decisiones que los producen; de normas legales constitucionalmente legítimas o ilegítimas según sean válidos o inválidos los actos legislativos que constituyen sus fuentes; de cónyuge legítimo o ilegítimo según sea o no válido el matrimonio por el que se ha producido el estatus de cónyuge; de derecho subjetivo legítimo o ilegítimo en relación, por ejemplo, con una propiedad fundada en títulos perfectamente válidos o, por el contrario, en un vicio del acto de compraventa. En cambio, no podrá hablarse —salvo en sentido político y metajurídico— de legitimidad o de ilegitimidad a propósito del poder constituyente, ni de los poderes instituidos por la constitución, ni de los derechos fundamentales sancionados también constitucionalmente; pero sólo porque en el primer caso falta por completo un acto preceptivo del que el poder constituyente sea efecto, y en los otros dos porque las normas constitucionales institutivas de poderes públicos y de derechos fundamentales son efectos del acto constituyente, que como he indicado (T9.49) y como mejor se verá en el § 12.3 es un acto informal con respecto al cual no tiene sentido hablar de validez o invalidez (T12.43, T12.41), predicables sólo de los actos formales (T9.170)³⁹. Y lo mismo debería decirse de las normas legales en un ordenamiento carente de constitución rígida y por consiguiente de vínculos normativos impuestos al poder legislativo.

Por lo demás, también la legitimidad y la ilegitimidad, como sugieren las tesis T9.205 y T9.206, pueden ser de tipo ‘formal’ o ‘sustancial’, al igual que sucede con la validez y la invalidez. Son formalmente ilegítimos, por ejemplo, el poder de representación conferido por un mandato que es inválido por falta de capacidad de obrar del mandante, o el deber —sea obligación o prohibición— impuesto por una orden inválida por falta de competencia de su autor o de otros requisitos de forma. Son en cambio sustancialmente ilegítimos, por ejemplo, el poder de censura instituido por una ley violando el derecho constitucional a la libre manifestación del pensamiento, o el deber de realizar actos contrarios a la ley decretado por una autoridad administrativa, o las obligaciones y las expectativas generadas por actos de disposición del propio cuerpo realizados en violación del artículo 5 del Código Civil italiano. En suma, legitimidad formal y sustancial, de un lado, e ilegitimidad formal y sustancial, de otro, son definibles a partir del carácter formal o sustancial de la validez y de la invalidez, en el primer caso de los actos preceptivos en general y en el segundo únicamente de las decisiones.

D9.28 *‘Formalmente legítimos’ son los efectos expresados por actos preceptivos formalmente válidos.*

(y)(LGFy \equiv ($\exists x$)(EFFyx \cdot SIGyx \cdot APRxy \cdot VAFx))

D9.29 '*Formalmente ilegítimos*' son los efectos expresados por actos preceptivos formalmente inválidos.

$$(y)(ILFy \equiv (\exists x)(EFFyx \cdot SIGyx \cdot APRxy \cdot IVFx))$$

D9.30 '*Sustancialmente legítimos*' son los efectos expresados por decisiones sustancialmente válidas.

$$(y)(LGSy \equiv (\exists x)(EFFyx \cdot SIGyx \cdot DECxy \cdot VASx))$$

D9.31 '*Sustancialmente ilegítimos*' son los efectos expresados por decisiones sustancialmente inválidas.

$$(y)(ILSy \equiv (\exists x)(EFFyx \cdot SIGyx \cdot DECxy \cdot IVSx))$$

Estas distinciones son perfectamente simétricas a las formuladas a propósito de la validez y de la invalidez —formal y sustancial—, de las cuales reflejan su estructura, las sucesivas articulaciones internas (T9.172-T9.174 y T9.158) y los perfiles en relación con los cuales son efectuadas. Mientras que la legitimidad y la ilegitimidad formal de una norma, de una situación o de un estatus dependen de la conformidad o disconformidad de las formas de los actos preceptivos de los que traen causa con respecto a las previstas por las normas formales (T9.216, T9.217), la legitimidad y la ilegitimidad sustancial dependen de su coherencia o incoherencia con los significados de las normas sustantivas sobre la producción de las decisiones de las que son efectos (T9.218, T9.219). Es además evidente que de los estatus producidos por actos puramente constitutivos solamente puede predicarse, de acuerdo con cuanto se dijo en el § 9.6, su ilegitimidad formal, y no también la sustancial, al venir aquéllos rígidamente predisuestos por las correspondientes normas hipotético-constitutivas.

$$T9.216 (y)(LGFy \rightarrow ((NORy \vee SITy \vee STGy) \cdot (\exists x)(EFFyx \cdot APRxy \cdot (f)(r)(FORfx \rightarrow (COFfr \cdot NFORx)))))) \quad D9.28, T9.60, T9.150$$

$$T9.217 (y)(ILFy \rightarrow (\exists x)(\exists f)(\exists r)((NORy \vee SITy \vee STGy) \cdot EFFyx \cdot APRxy \cdot FORfx \cdot \neg(COFfr \cdot NFORx))) \quad D9.29, T9.60, T9.175$$

$$T9.218 (y)(LGSy \rightarrow ((SITy \vee NORy) \cdot (\exists x)(EFFyx \cdot DECxy \cdot (r)(NSOrx \rightarrow (\exists w)(SIGwx \cdot COEwr)))))) \quad D9.30, T9.67, T9.151$$

$$T9.219 (y)(ILSy \rightarrow ((SITy \vee NORy) \cdot (\exists x)(EFFyx \cdot DECxy \cdot (\exists r)(NSOrx \cdot \neg(SIGyx \cdot COEyr)))))) \quad D9.31, T9.67, T9.177$$

Lo que en el plano teórico interesa recordar es la existencia, junto a los actos preceptivos vigentes pero inválidos, de normas, de situaciones y de estatus ilegítimos: formalmente ilegítimos si la forma de los actos preceptivos de los que son efectos no observa las normas formales (T9.220); y sustancialmente ilegítimos si los significados en que consisten no observan las normas sustantivas sobre la producción de las deci-

siones que los expresan (T9.221). La ilegitimidad del primer tipo deriva de vicios de forma (T9.222), la del segundo tipo de vicios sustanciales (T9.223) de los actos preceptivos de los que son efectos. Es claro que los vicios sustanciales, al referirse al contenido de las decisiones, son detectables a partir de la búsqueda infructuosa, en sede de interpretación, de un significado legítimo en coherencia con las normas sustantivas sobre su producción. En todo caso, todos los vicios dan lugar a normas, a situaciones o a estatus ilegítimos pero no por ello inexistentes. Inexistentes únicamente serían las situaciones expresadas por actos preceptivos no vigentes, es decir, también ellos inexistentes.

T9.220	$(f)(x)(y)(r)((APR_{xy} \cdot FOR_{fx} \cdot IOS_{fr} \cdot NFOR_{rx}) \rightarrow ((NOR_y \vee SIT_y \vee STG_y) \cdot ILF_y))$	D9.29, T9.193, T9.60
T9.221	$(y)(x)(r)((DEC_{xy} \cdot SIG_{yx} \cdot IOS_{yr} \cdot NSOR_{rx}) \rightarrow ((NOR_y \vee SIT_y) \cdot ILS_y))$	D9.31, T9.194, T9.67
T9.222	$(w)(y)(x)((VIF_{wy} \cdot APR_{xy} \cdot IVF_{fx}) \rightarrow ((NOR_y \vee SIT_y \vee STG_y) \cdot ILF_y \cdot EFF_{yx}))$	D9.29, T9.60
T9.223	$(w)(y)(VIS_{wy} \rightarrow ((NOR_y \vee SIT_y) \cdot ILS_y \cdot EFF_{yx}))$	D9.25, T9.67, T9.204, D9.31

Se podría objetar que las situaciones y las normas ilegítimas —por ejemplo un deber o un derecho en contraste con normas superiores— no existen, en el sentido de que no resulta obligada su observancia ni por lo tanto es ilícita su inobservancia. Pero se trataría de un error análogo al de la negación de la existencia de actos inválidos vigentes. Estas normas y situaciones existen mientras no sean anuladas: las normas sobre el vilipendio contenidas en el Código Penal italiano, por ejemplo, aunque pueden considerarse fundadamente como constitucionalmente ilegítimas y destinadas a ser anuladas tarde o temprano por la Corte Constitucional, existen mientras no sean anuladas, y su inobservancia constituye delito. Es ésta, al igual que la distinción entre validez y vigencia, una tesis central, en absoluto incuestionada, de la teoría del estado de derecho: cuya función principal, como he dicho varias veces, consiste justamente en la explicitación de la invalidez de los actos preceptivos y de la ilegitimidad de las normas y de las situaciones, o sea, de la divergencia, siempre posible, entre su deber ser normativo y su ser efectivo.

9.14. *La anulabilidad y la anulación de los efectos ilegítimos de los actos inválidos*

¿En qué difiere —preguntémonos al final de este extenso análisis de las figuras de la vigencia, de la validez y de la invalidez, formal y sustancial, y de las correlativas figuras de legitimidad y de ilegitimidad— la eficacia de un acto válido de la eficacia de un acto inválido? ¿Qué diferencia comporta el hecho de que las normas, las situaciones y los estatus ilegítimos, al igual que los actos inválidos de los que son efectos, no sean

inexistentes sino sólo prohibidos? La diferencia, allí donde el ordenamiento disponga de las normas e instrumentos necesarios a tal fin, consiste en el hecho de que tales efectos son anulables; y de que, por consiguiente, la eficacia de los actos inválidos no se limita a la producción de las normas, situaciones y estatus que constituyen sus significados aun cuando sean ilegítimos, sino que incluye también el ulterior y específico efecto de su anulabilidad, precisamente porque son ilegítimos y en consecuencia prohibidos.

Una definición rigurosa y formalizada de ‘anulabilidad’ y de ‘anulación’ resulta sin embargo difícil y problemática. Ante todo está el problema recién señalado de la singular eficacia, no reducible a la anulabilidad, de los actos inválidos: que son actos prohibidos y no obstante vigentes, y por lo tanto provisionalmente productores, como los actos válidos, de efectos jurídicos consistentes en normas, situaciones o estatus. Y en segundo lugar está el aún más difícil problema de la provisionalidad de tales efectos, que, aun siendo los mismos que los de los correspondientes actos válidos, son efectos interinos, destinados a ser anulados —por lo tanto primero anulables y después, eventualmente, anulados— mediante la constatación jurídica de su ilegitimidad derivada de la invalidez de los actos de los que traen causa. De un lado, pues, el problema de la anulabilidad, es decir, de la precariedad de los efectos y de su eventual cesación; de otro lado, el problema de la ‘anulación’, es decir, del acto consistente en la constatación y en la actuación de la anulabilidad.

La figura más complicada es sin duda la de la ‘anulabilidad’, cuya definición requeriría, en rigor, el uso de operadores temporales. Valiéndome, más simplemente, del operador modal de posibilidad *M*, idóneo para poner de relieve su carácter deóntico, definiré la ‘anulabilidad’ como la expectativa positiva y al mismo tiempo el interés, generados por un acto inválido, de la constatación de sus vicios y de la cesación de sus efectos ilegítimos⁴⁰. Correlativamente la ‘anulación’ será definida como el acto constitutivo (de la cesación de los efectos ilegítimos) que constata los vicios del acto inválido y, por lo tanto, actúa la anulabilidad satisfaciendo la expectativa en que ésta consiste.

D9.32 *La ‘anulabilidad’ es el efecto de un acto inválido predispuesto por una norma y consistente en la expectativa de que sean constatados los vicios de aquél mediante un acto constitutivo cuya actuación es condición necesaria y suficiente para que cesen los efectos ilegítimos producidos por el acto inválido mismo.*

$$(y1)(x1)(ANBy1x1 \equiv (EFFy1x1 \cdot INVx1 \cdot (\exists r)(NORr \cdot REGry1) \cdot M(\exists x2)(ASPy1x2 \cdot (\exists w)(ACCx2w \cdot VIZwx1) \cdot (\exists y2)ACox2y2) \cdot ((\exists x2)ATZx2y1 \equiv \neg(\exists y)(EFFyx1 \cdot ILGy))))))$$

D9.33 *La ‘anulación’ es el acto constitutivo que constata los vicios de un acto inválido y actúa su anulabilidad normativamente preestablecida.*

$$(x2)(x1)(ANNx2x1 \equiv (\exists y1)((\exists y2)ACox2y2 \cdot (\exists w)(ACCx2w \cdot VIZwx1) \cdot INVx1 \cdot ATZx2y1 \cdot ASPy1x2 \cdot ANBy1x1 \cdot (\exists r)(NORr \cdot REGry1)))$$

El análisis de estas dos complejas definiciones sugiere cuatro órdenes de consideraciones. La primera es que la anulabilidad, consistiendo en la expectativa de un acto constitutivo, no es sino una situación jurídica pasiva (T9.224). Concretamente, es la situación predispuesta por una norma hipotético-deóntica y consistente en la expectativa de la constatación de los vicios de un acto inválido y al mismo tiempo de su anulación (T9.225). Es, por consiguiente, una situación de derecho procesal que se actúa con la anulación del acto inválido (T9.226, T9.227) del que es (ha sido) el específico efecto (T9.228). Por eso desaparece, junto al acto del que trae causa, en el mismo momento en que es satisfecha. En cuanto situación pasiva, por otra parte, siempre es imputada a un sujeto jurídico (T9.229), que es justamente el sujeto interesado o de cualquier modo legitimado para pedir su actuación en virtud del poder de actuar en juicio conectado a la misma⁴¹. Y está garantizada por la obligación, atribuida a otro sujeto, de satisfacerla mediante un pronunciamiento de anulación (T9.230). Al ser la anulación una medida judicial, este segundo sujeto, en relación deóntica con el primero (T9.231), es evidentemente un órgano público, y concretamente un juez.

$$T9.224 (y)(ANBy \rightarrow (SITy \cdot SIPy)) \quad D9.32, T9.71, T9.13, D6.4, T6.62$$

$$T9.225 (y)(x1)(ANByx1 \rightarrow (\exists r)(SITy \cdot REGry \cdot NIPr \cdot NDEr \cdot$$

$$M(\exists x2)(ASPyx2 \cdot (\exists w)(ACCx2w \cdot VIZwx1) \cdot INVx1 \cdot ANNx2x1)))$$

$$D9.32, D9.33, T8.42, D2.7, T9.71, T9.13, T5.16, T9.224$$

$$T9.226 (y)(x1)(ANByx1 \rightarrow M(\exists x2)(ATZx2y \cdot ANNx2x1))$$

$$T9.225, D9.33, T9.71, T9.13, T5.16, D2.7$$

$$T9.227 (x2)(x1)(ANNx2x1 \rightarrow (\exists y)(ATZx2y \cdot ANByx1 \cdot INVx1)) \quad D9.33$$

$$T9.228 (y)(x)(ANByx \rightarrow (EFFyx \cdot INVx)) \quad D9.32$$

$$T9.229 (y)(x)(ANByx \rightarrow (\exists z)(SITy \cdot IMPyz \cdot SGGzy)) \quad T9.224, T7.12, T3.15$$

$$T9.230 (y1)(x1)(ANBy1x1 \rightarrow (\exists y2)(GARy2y1 \cdot M(\exists x2)(OBLy2x2 \cdot$$

$$ANNx2x1))) \quad T9.225, D3.5, T2.60$$

$$T9.231 (y1)(x1)(ANBy1x1 \rightarrow (\exists y2)(\exists z1)(\exists z2)(GARy2y1 \cdot M(\exists x2)(OBLy2x2 \cdot$$

$$ANNx2x1) \cdot IMPz2y2 \cdot RADz1z2 \cdot IMPz1y1)) \quad T9.230, T3.44$$

Aunque pueda parecer singular, esta caracterización de la anulabilidad como situación pasiva es la única que permite entender su papel de garantía contra las violaciones representadas por los actos formales prohibidos. Por lo demás, como se verá en el § 10.15, también el efecto de los actos ilícitos será concebido como una situación pasiva: concretamente como la responsabilidad, consistente en la expectativa positiva de su constatación y en el sometimiento a la pertinente sanción de quien está llamado a responder del ilícito, a la que corresponde la obligación de satisfacerla por parte de un juez. Tendremos pues, correlativamente a las dos clases de actos prohibidos diferenciados en la tesis T9.190 —los ilícitos y los inválidos—, dos tipos de efectos consistentes ambos en si-

tuaciones pasivas a las que corresponden otros tantos tipos de garantías que en el § 10.16 llamaré ‘secundarias’: la *anulabilidad*, a la que corresponde la obligación de anulación que es la garantía contra los actos *inválidos*, y la *responsabilidad*, a la que corresponde la obligación de la condena que es la garantía contra los actos *ilícitos* (T10.203). Se trata en ambos casos de la llamada *justiciabilidad*, o sea, de la expectativa de obtener justicia contra las transgresiones jurídicas, garantizada por las obligaciones correspondientes de la anulación o de la condena de las mismas.

La segunda consideración sugerida por nuestras definiciones hace referencia a la duplicidad de efectos de los actos inválidos: de un lado, los efectos (ilegítimos) de los correspondientes actos válidos, y de otro, su anulabilidad, o sea, la expectativa de su anulación mediante el acto que constata sus vicios formales o sustanciales. En sí misma la duplicidad de efectos no tiene nada de extraordinario: como se dijo en el § 5.7, la pluralidad de efectos es una característica bastante común de la eficacia de los actos. El aspecto singular de la anulabilidad es que ésta es un efecto destinado a operar sobre los otros efectos del acto inválido, justamente como expectativa de su anulación. Se trata por lo tanto de dos tipos de efectos que conviven, si bien en virtual oposición (T9.232): si tiene lugar la anulación, o sea, la actuación de la anulabilidad, cesan los efectos ilegítimos (T9.233); si por el contrario la anulación no se produce, los efectos ilegítimos persisten, junto a la vigencia de los actos de los que son los significados (T9.234). Por ejemplo, hasta que una norma penal inconstitucional no sea anulada su inobservancia es un delito, así como es un incumplimiento la no satisfacción de un crédito ilegítimo pero no anulado.

Naturalmente entre los dos efectos no existe ninguna incompatibilidad: la anulabilidad es efectivamente la expectativa deóntica de la constatación de los efectos ilegítimos, cuya negación comporta si y sólo si es efectivamente actuada (T9.232). De manera que, o tiene lugar su actuación y desaparecen los efectos ilegítimos, o no tiene lugar y entonces tales efectos persisten (T9.235). Y aunque gracias a ella la anulación sea obligatoria (T9.236), en su ausencia se mantienen —y a veces, con el tiempo, pueden ser incluso «sanadas»— las situaciones ilegítimas no anuladas. Piénsese en la relación entre juez y ley: el juez tiene la obligación de aplicar la ley a menos que considere que ha de alegar su invalidez; lo que equivale a decir que tiene la obligación de alegar su invalidez a menos que entienda que debe aplicarla porque la juzga no inválida, es decir, válida.

- T9.232 $(y1)(x1)(ANBy1x1 \rightarrow ((\exists x2)ATZx2y1 \equiv \neg(\exists y)(EFFyx1 \cdot ILGy)))$ D9.32
- T9.233 $(x1)(x1)(ANNx2x1 \rightarrow \neg(\exists y)(EFFyx1 \cdot ILGy))$ T9.232, T9.227
- T9.234 $(y1)(x1)((ANBy1x1 \cdot \neg(\exists x2)ATZx2y1) \rightarrow (\exists y2)(EFFy2x1 \cdot ILGy2))$ T9.232
- T9.235 $(y1)(x1)(ANBy1x1 \rightarrow (((\exists x2)ATZx2y1 \cdot \neg(\exists y2)(EFFy2x1 \cdot ILGy2)) \vee ((\exists y2)(EFFy2x1 \cdot ILGy2) \cdot \neg(\exists x2)ATZx2y1)))$ T9.232
- T9.236 $(x)(ANNx \rightarrow OBBx)$ D9.33, D2.11, T2.82

El tercer orden de consideraciones que deriva de nuestras definiciones guarda relación con el objeto de la anulabilidad y de la anulación. La expresión «anulación del acto» es una fórmula elíptica, dado que anulación y anulabilidad lo son no ya del acto, sino de sus efectos. En efecto, a partir de la anulación no se produce ninguna mágica desaparición del acto, que es un hecho empírico insuprimible según la clásica máxima *quod factum infectum fieri nequit*⁴². Los que vienen anulados son sólo los efectos ilegítimos de los actos inválidos (T9.237), que son fenómenos deónticos, y más concretamente jurídicos, consistentes en los significados prescriptivos inválidos e indebidamente manifestados en el lenguaje jurídico. Naturalmente la desaparición de los efectos comporta la desaparición de la eficacia de los actos inválidos y, por lo tanto, de su vigencia, que como sabemos equivale a su existencia jurídica. Sólo en este sentido se puede hablar de anulación del acto inválido. Una vez producida la nulidad de los efectos no tendremos ya un acto sino un mero comportamiento, al haber desaparecido los dos efectos del acto inválido: tanto la anulabilidad, realizada y agotada con la anulación, como los efectos ilegítimos por ésta anulados.

$$\begin{array}{l} \text{T9.237 (x2)(x1)(y1)((ANNx2x1 \cdot ATZx2y1 \cdot ANBy1x1 \cdot EFFy1x1) \rightarrow} \\ \neg(\exists y)(EFFy1 \cdot ILGy \cdot INVx1)) \end{array} \quad \text{T9.227, D9.32}$$

La explicación teórica de tal fenómeno se encuentra en el carácter nomodinámico del derecho positivo. La disconformidad de las formas y la incoherencia de los significados de un acto inválido respecto a las normas sobre su producción no prejuzgan, por sí solas, ni la existencia del acto ni la de sus efectos, es decir, la de los significados ilegítimamente producidos por él. Para que desaparezcan tales efectos y con ellos la relevancia como actos de sus causas, es necesaria la realización de otro acto jurídico positivo, que es justamente el acto constitutivo de su nulidad. Porque si es verdad que un acto inválido está vigente, entonces sólo su formal invalidación, mediante la constatación de sus vicios formales y sustanciales, puede producir la anulación de su eficacia.

Este principio de conservación provisional de los efectos ilegítimos representa evidentemente una garantía de certeza del derecho positivo. En efecto, el precio que se paga por esta certeza es la renuncia a su carácter inmediatamente nomoestático, es decir, a la eliminación de sus incoherencias e irregularidades por parte directamente de los sujetos de la comunicación jurídica en lugar de mediante formales actos de invalidación⁴³: que en el plano estructural es un precio análogo al que se paga con la renuncia a tomarse la justicia por propia mano en favor de la aplicación, mediante actos formales de condena, de las sanciones predispuestas para los actos ilícitos. En este sentido, como se verá al final de este capítulo, la divergencia entre vigencia y validez y entre validez formal y validez sustancial están indisolublemente unidas a la estructura en grados del ordenamiento jurídico, y por tanto al carácter nomodi-

námico de los vínculos de forma y al nomoestático de los vínculos de significado que condicionan el ejercicio de todo poder decisonal en el estado de derecho.

Finalmente, la cuarta consideración se refiere a la posible inefectividad de la anulabilidad. La anulación, como afirma la tesis T9.226, obviamente es sólo posible, pues consiste en un acto que puede también faltar, porque no ha sido solicitado o porque de cualquier manera no ha sido acordado. Pero puede también faltar la obligación de la anulación, pese a estar implicada por la anulabilidad como su garantía (T9.230, T9.231), pues al igual que, como veremos más adelante, la obligación de la condena implicada por la responsabilidad generada por un acto ilícito, aquélla puede también, de hecho, no estar normativamente predispuesta. Piénsese, por ejemplo, en la decisión del gobierno italiano de tomar parte en una guerra que de acuerdo con el artículo 11 de la Constitución es ciertamente inválida y que, sin embargo, no se halla sometida al control jurisdiccional de legitimidad, reservado por la propia Constitución sólo a las leyes. O pensemos en los acuerdos del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que pueden hallarse en contraste con la Carta de la ONU sin resultar sin embargo anulables por falta de una jurisdicción internacional de constitucionalidad. Quiero decir que la previsión de la garantía de anulabilidad de un acto mediante las apropiadas normas hipotético-deónticas no siempre es un *principium iuris et in iure*. Puede ser simplemente un *principium iuris tantum*, en virtud del cual, como veremos en su momento, la obligación correspondiente a la anulabilidad no es la *garantía fuerte* consistente directamente en la obligación de anulación, sino sólo la *garantía débil* consistente en la obligación de introducir tal obligación y de establecer los órganos encargados de su observancia. En suma, como varias veces se ha dicho, pueden aparecer *lagunas*, y concretamente aquellas que en el § 10.20 llamaré ‘lagunas secundarias’, por faltar las respectivas normas y garantías secundarias. Y resulta claro que en este caso deberá hablarse de una ‘inefectividad estructural’ (D10.55), mucho más grave y radical que la simple y contingente no actuación de la anulabilidad.

9.15. *Aplicación y respeto de las normas sobre la producción.* *Aplicación formal y aplicación sustancial*

Como he demostrado en el § 9.7, las fuentes de las normas sobre la producción son de grado supraordenado a los actos que regulan; e inversamente, éstos son siempre de grado subordinado a dichas fuentes (T9.102, T9.103). Otro tanto se ha dicho de las normas, que también son de grado supraordenado a las normas y situaciones producidas como efectos de las decisiones cuya producción regulan (T9.101). Se ha mostrado asimismo cómo estas relaciones de grado entre fuentes y normas supraordenadas y actos y efectos subordinados se resuelven siempre en la

relación de observancia —total o parcial, según se trate de actos válidos y de efectos legítimos o de actos inválidos y de efectos ilegítimos— de las primeras por parte de los segundos (T9.98 y T9.99). Y en los §§ 8.7 y 8.8 se ha representado esta trama de relaciones como una red compleja de fuentes y de normas, de actos y de efectos, de signos y significados, a través de la cual se articulan la sintaxis, la semántica y la pragmática del derecho (T8.81-T8.84).

Podemos configurar ahora estas mismas relaciones, dentro de ese universo lingüístico que es el ordenamiento jurídico, como otras tantas relaciones entre actos de *producción* de las reglas sintácticas y semánticas de la *lengua* jurídica y actos de *observancia*, o sea, de *aplicación* o de *respeto* de las mismas reglas en el *lenguaje* de la comunicación jurídica. Como es conocido, Hans Kelsen ha configurado todas estas relaciones como relaciones entre actos de «creación» y actos de «aplicación del derecho»⁴⁴. Convendrá sin embargo recordar que los comportamientos mediante los que vienen observadas las reglas deónticas pueden ser de dos tipos bien diferentes: obligatorios o facultativos (T4.67). En efecto, una cosa es hacer lo que una regla prescribe y otra cosa es hacer todo aquello que no prohíbe. En el primer caso se debe hacer exactamente lo que es obligatorio en virtud de la regla; en el segundo basta con no hacer aquello que está prohibido por la regla, siendo facultativo hacer todo lo demás.

Lamaré por lo tanto '*aplicacion*' al acto formal o a la decisión cuyas formas y/o cuyos significados sean obligatorios, o sea, observantes de las obligaciones predisuestas por las normas, respectivamente formales y sustantivas, sobre su producción. Lamaré en cambio '*respeto*' a la decisión cuyo significado no esté prohibido, o sea, no contraste con las normas sustantivas sobre su producción.

D9.34 '*Aplicación*' es el acto formal o la decisión obligatoriamente vinculados, el primero en cuanto a las formas y la segunda también en cuanto a los significados, por las normas, respectivamente formales y sustantivas, sobre su producción.

$$(x)(r)(APL_{xr} \equiv (\exists f)((AFOx \cdot FOR_{fx} \cdot OSS_{fr} \cdot OBB_{f} \cdot NFOR_{rx}) \vee (DEC_{xf} \cdot SIG_{fx} \cdot OSS_{fr} \cdot OBB_{f} \cdot NSOR_{rx})))$$

D9.35 '*Respeto*' es toda decisión cuyo significado sea decidido en observancia de las normas sustantivas sobre su producción.

$$(x)(r)(RIS_{xr} \equiv (\exists y)(DEC_{xy} \cdot SIG_{yx} \cdot OSS_{yr} \cdot NSOR_{rx}))$$

La fenomenología de la observancia de las normas sobre la producción se articula, pues, en dos órdenes de fenómenos: su *aplicación* o su *respeto* (T9.238), consistente la primera en actos formales o en decisiones cuya forma y/o significado sean obligatorios, y la segunda en decisiones cuyo significado no esté prohibido (T9.239, T9.240).

- T9.238 $(x)(r)((APLxr \vee RISxr) \equiv (\exists y)((AFOx \cdot FORyx \cdot NFORx) \vee (DECxy \cdot SIGyx \cdot NSOrx)) \cdot OSSyr \cdot OBBY) \vee (DECxy \cdot SIGyx \cdot OSSyr \cdot \neg VIEy \cdot NSOrx))$ D9.34, D9.35, T4.67, T1.39, T1.10
- T9.239 $(x)(r)(APLxr \equiv (\exists y)((AFOx \cdot FORyx \cdot NFORx) \vee (DECxy \cdot SIGyx \cdot NSOrx)) \cdot OSSyr \cdot OBBY)$ D9.34
- T9.240 $(x)(r)(RISxr \equiv (\exists y)(DECxy \cdot SIGyx \cdot OSSyr \cdot \neg VIEy \cdot NSOrx))$ D9.35, T4.67, T1.39, T1.10

A su vez, y sobre la base de la disyunción expresada por nuestra definición, podrá hablarse de *aplicación* en dos sentidos distintos: o en referencia a las formas de los actos formales en general, o en referencia a los significados de aquellos particulares actos formales que son las decisiones. Ante todo, hablamos de ‘aplicación’ para designar el acto formal cuyas formas observan las normas sobre su formación; por ejemplo, decimos que dos contratantes aplican el artículo 1450 del Código Civil italiano cuando adoptan la forma escrita requerida por dicho precepto para estipular la compraventa de un inmueble; o que el Parlamento aplica el artículo 72 de la Constitución italiana cuando, para emanar una ley, aprueba el proyecto artículo por artículo y por último con una votación final; o que el Ministerio público aplica el artículo 366 del Código de Procedimiento Penal cuando deposita en la secretaría en el plazo de tres días las diligencias realizadas y a las que el defensor tuvo el derecho de asistir. En este sentido, ‘acto formal’ y ‘aplicación de una norma formal’ son términos coextensivos, dado que todo acto formal, al hallarse dotado en todo caso de alguna forma obligatoria (T9.33, T9.105) es siempre aplicación de al menos la norma formal que la ha predispuesto (T9.241) y que es por lo tanto una norma hipotético-deóntica (T9.242). Pero hablamos de ‘aplicación’ también en otro sentido: para designar una decisión cuyo significado está obligatoriamente vinculado a la observancia de una norma sustantiva (T9.243). El caso típico, que ya fue indicado al final del § 9.8, es el de la sentencia, en cuya producción el juez tiene que ‘aplicar’, como norma sustantiva sobre la producción, aquella que denota el supuesto de hecho por él enjuiciado.

- T9.241 $(x)(AFOx \equiv (\exists r)(APLxr \cdot NFORx))$ D9.34, T9.105, T9.20, T9.82
- T9.242 $(x)(AFOx \rightarrow (\exists r)(\exists f)(APLxr \cdot NFORx \cdot FORfx \cdot NIPrf \cdot NDERx))$ D9.34, D9.12, D8.4, D8.5, T9.1, T9.20
- T9.243 $(x)(y)((DECxy \cdot OSSyr \cdot OBBY \cdot NSOrx) \rightarrow (APLxr \cdot SIGyx))$ D9.34, T9.67

Descomponiendo los términos de la suma lógica expresada por la D9.34, llamo ‘*aplicación formal*’ a la aplicación del primer tipo, realizada por los actos formales en observancia de las normas formales que imponen su forma, y ‘*aplicación sustancial*’ a la aplicación del segundo tipo, realizada por las decisiones en observancia de las normas sustantivas que vinculan su significado.

D9.36 '*Aplicación formal*' es el acto formal cuyas formas consisten en la observancia obligatoria de las normas formales sobre su producción.

$(x)(r)(APFxr \equiv (\exists f)(AFOx \cdot FORfx \cdot OSSfr \cdot OBBf \cdot NFORx))$

D9.37 '*Aplicación sustancial*' es la decisión cuyos significados consisten en la observancia obligatoria de las normas sustantivas sobre su producción.

$(x)(r)(APSxr \equiv (\exists y)(DECxy \cdot SIGyx \cdot OSSyr \cdot OBBy \cdot NSOrx))$

Otra cosa es el *respeto*, que se refiere sólo a las decisiones y que tiene lugar cuando las normas sustantivas no vinculan de manera obligatoria el contenido de aquéllas, sino que formulan reglas o principios en los que deben informarse, y son por consiguiente observadas si simplemente no resultan contradichas. Es lo que sucede con las decisiones mediante las que se ejercen poderes autónomos o discrecionales —como la autonomía negocial y las funciones de gobierno— y a las que solamente se exige la observancia de la prohibición de contradecir los significados de las normas sustantivas de grado supraordenado. Por ejemplo, una ley en materia de prensa observa las normas constitucionales sustantivas sobre su producción, y en particular el principio de libertad de manifestación del pensamiento, sólo si «respetar», o sea, no contradice, dicha libertad y no viola las prohibiciones correspondientes; un negocio jurídico, a su vez, observa las normas sustantivas sobre su producción si su causa no es ilícita, o sea, si, como impone el artículo 1343 del Código Civil italiano, «respetar» o no resulta contraria «a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres»; así como también observa las normas sustantivas sobre su producción una disposición administrativa cuyo contenido «respete», o sea, no entre en contradicción con normas legales. En pocas palabras, diremos que sólo la aplicación sustancial, y no también el respeto, supone la prefiguración de un «supuesto de hecho» o, de cualquier manera, de un presupuesto sustancial que es obligatorio constatar y calificar jurídicamente.

Tenemos por tanto cuatro términos que designan tres géneros de fenómenos: la *aplicación*, que es la suma lógica de la aplicación formal y de la sustancial (T9.244); la *aplicación formal*, que es la aplicación de las normas formales presente en todos los actos formales, cuya forma, como sabemos, se corresponde siempre con al menos un requisito establecido por una norma formal (T9.245); la *aplicación sustancial*, que es la aplicación de las normas sustantivas presente típicamente en las decisiones jurisdiccionales, cuyos significados están también vinculados a la correspondencia con los de las normas sustantivas aplicadas (T9.246); el *respeto*, que tiene lugar en todas las decisiones —autónomas como los negocios privados, o discrecionales como las leyes y las disposiciones administrativas— cuyos significados no sean incompatibles con las normas de grado supraordenado y del que la aplicación sustancial es evidentemente una subclase (T9.247).

T9.244	$(r)(x)(APLx \equiv (APFxr \vee APSxr))$	D9.34, D9.36, D9.37
T9.245	$(x)(r)(APFxr \rightarrow (APLx \cdot NFORx))$	D9.34, D9.36
T9.246	$(x)(r)(APSxr \rightarrow (APLx \cdot NSORx))$	D9.34, D9.37
T9.247	$(r)(x)(APSxr \rightarrow RISxr)$	D9.37, D9.35

Diremos consiguientemente que todo acto formal equivale siempre, incluso si es inválido, a una aplicación (T9.248), cuando menos de alguna norma formal (T9.241), siendo en caso contrario no vigente (T9.249); que la validez de los actos formales no consistentes en decisiones requiere en cambio la aplicación no de alguna sino de todas las normas formales sobre su producción (T9.250); que finalmente la validez de las decisiones exige, según los casos, la aplicación o el respeto de todas las normas, formales y sustantivas, sobre su producción (T9.251).

T9.248	$(x)(AFOx \equiv (\exists r)APLrx)$	T9.241, D9.34, T9.82
T9.249	$(x)(\neg(\exists r)APLrx \rightarrow \neg VIGx)$	T9.248, T9.132
T9.250	$(x)((AFOx \cdot \neg(\exists y)DECxy) \rightarrow (VALx \rightarrow (r)(APLx \cdot NFORx)))$	T9.159, D9.18, T9.97, D9.14, D9.34, T9.3, T9.20
T9.251	$(x)(y)(DECxy \rightarrow (VALx \rightarrow (r)((APLx \vee RISx) \cdot NPRxy)))$	D9.34, D9.17, T9.3, D9.14, T9.86, T9.20, T9.82

9.16. *Conformidad y coherencia; correspondencia y subsunción. Lengua y lenguaje de la comunicación jurídica. Normas y principios*

Para explicar mejor nuestras cuatro figuras de observancia de las normas sobre la producción —la aplicación, la aplicación formal, la aplicación sustancial y el respeto— someteré ahora a un ulterior análisis a los dos elementos, el de la *forma* y el del *significado*, en relación con los cuales se predicán.

Se recordará que en el § 9.8 he llamado ‘conforme’ a la forma del acto formal que observa las normas formales (D.14) y ‘coherente’ al significado de la decisión que observa las normas sustantivas sobre su producción (D9.15). Podemos, por lo tanto, demostrar la recíproca implicación entre ‘aplicación formal’ y ‘conformidad’ (T9.252), unidas por la obligatoriedad de las formas, y entre ‘respeto’ y ‘coherencia’ (T9.253), unidos por la simple observancia (o permiso, o no prohibición) de los significados. La única diferencia entre aplicación formal y respeto, de un lado, y conformidad y coherencia, de otro, es de tipo sintáctico: mientras que los dos primeros términos son predicables de los actos, los otros dos lo son el uno de su forma y el otro de su significado.

T9.252	$(r)((\exists x)APFxr \equiv (\exists f)COFfr)$	D9.36, D9.14, T9.3
T9.253	$(r)((\exists x)RISxr \equiv (\exists y)COEyr)$	D9.35, D9.15

Correlativamente a ‘aplicación’ y a ‘aplicación sustancial’, para referirnos a los significados debemos en cambio introducir dos nuevos

términos. Llamaré ‘*correspondencia*’, o mejor ‘*correspondientes*’, al conjunto de las formas y de los significados de los actos formales y de las decisiones vinculados a la observancia de las normas, formales o sustantivas, sobre su producción. Y llamaré más específicamente ‘*subsunción*’, o mejor ‘*subsumido*’, al significado de una decisión obligatoriamente vinculado a la observancia de la norma sustantiva sobre su producción. Por ejemplo, cuando decimos que un determinado hecho es ‘subsumido’ en la norma sobre el robo, lo que queremos decir, elípticamente, es que son las características del hecho que denominamos «robo», y por lo tanto el significado de la tesis operativa con la que caracterizamos ese hecho como robo, las que se ‘corresponden’ con las características del concepto normativo de robo, o sea, con el significado de la norma penal institutiva del robo; así como, cuando decimos que la forma escrita de la compraventa de un inmueble es ‘conforme’ con las normas sobre su formación, queremos decir que la misma ‘corresponde’ a uno de los requisitos formales exigidos por éstas.

D9.38 ‘*Correspondencia*’ es la observancia obligatoria, en relación con las formas de un acto formal o con el significado de una decisión, de las normas sobre su producción.

$$(f)(r)(\text{CORfr} \equiv (\exists x)((\text{OSSfr} \cdot \text{OBBf} \cdot \text{FORfx} \cdot \text{AFOx} \cdot \text{NFORx}) \vee (\text{OSSfr} \cdot \text{OBBf} \cdot \text{SIGfx} \cdot \text{DECxf} \cdot \text{NSORx})))$$

D9.39 ‘*Subsunción*’ es la observancia obligatoria, en relación con el significado de una decisión, de la norma sustantiva sobre su producción.

$$(y)(r)(\text{SUSyr} \equiv (\exists x)(\text{OSSyr} \cdot \text{OBBy} \cdot \text{SIGyx} \cdot \text{DECxy} \cdot \text{NSOxy}))$$

Tenemos así otros cuatro términos, correlativos y simétricos a los cuatro introducidos en el párrafo precedente y que designan, si bien referidos no a los actos sino a sus formas y a sus significados, los mismos fenómenos: *a*) la ‘*correspondencia*’ entre normas sobre la producción y formas o significados de los actos producidos, correlativa a ‘aplicación’ (T9.254) y equivalente a la suma lógica de ‘conformidad’ y de ‘subsunción’ (T9.255); *b*) la ‘*conformidad*’ o ‘*correspondencia formal*’ entre la forma de un acto formal y este o aquel requisito de forma previsto por las normas formales, correlativa a ‘aplicación formal’ (T9.252); *c*) la ‘*subsunción*’ o ‘*correspondencia sustancial*’ de los significados de una decisión con los de sus normas sustantivas, correlativa a ‘aplicación sustancial’ (T9.256); *d*) la ‘*coherencia*’, en fin, entre los significados de una decisión y las normas sustantivas sobre su producción, correlativa a ‘respeto’ (T9.253) y en relación con la cual la subsunción, como la aplicación sustancial en relación con el respeto (T9.247), es claramente una subclase (T9.257).

T9.254 (r)(($\exists x$)APLxr \equiv ($\exists f$)CORfr)	D9.34, D9.38
T9.255 (y)(r)(CORyr \equiv (COFyr \vee SUSyr))	D9.38, D9.14, T9.3, D9.39
T9.256 (r)(($\exists x$)APSxr \equiv ($\exists y$)SUSyr)	D9.37, D9.39
T9.257 (y)(r)(SUSyr \rightarrow COEyr)	D9.39, D9.15

Existe en suma una correlación biunívoca entre aplicación y correspondencia, entre aplicación formal y conformidad, entre aplicación sustancial y subsunción y entre respeto y coherencia. Concretamente: la ‘aplicación’ es el acto formal cuya forma, o la decisión cuyo significado, corresponde a las normas sobre la producción aplicadas (T9.258); la ‘aplicación formal’ es el acto formal cuya forma es conforme con la norma formal aplicada (T9.259); la ‘aplicación sustancial’ es la decisión cuyo significado está subsumido en el de la norma sustantiva aplicada (T9.260); el ‘respeto’ es la decisión cuyo significado es coherente con el de las normas sustantivas respetadas (T9.261). Inversamente, ‘correspondientes’ son la forma del acto formal o el significado de la decisión que aplican las normas sobre la producción que los prevén (T9.262); ‘conforme’ es la forma del acto que aplica la norma formal que la predispone (T9.263); ‘subsumido’ es el significado de la decisión que aplica la norma sustantiva que lo prefigura (T9.264); ‘coherente’ es el significado de la decisión que respeta las normas sustantivas sobre su producción (T9.265). Y así como la aplicación formal es la aplicación de normas formales (T9.245) y la sustancial lo es de normas sustantivas (T9.246), paralelamente la conformidad es la correspondencia de las formas de un acto formal con las previstas por las respectivas normas formales (T9.266) y la subsunción es la correspondencia de los significados de una decisión con los establecidos por las respectivas normas sustantivas (T9.267). Las dos series de términos se implican recíprocamente, pero son predicables, repito, de cosas diferentes: la primera de los actos formales y de las decisiones, la segunda de sus formas y de sus significados.

T9.258 (x)(r)(APLxr \equiv ($\exists f$)((AFOx · FORfx · CORfr · NFORx) \vee (DECxf · SIGfx · CORfr · NSOrx)))	D9.34, D9.38
T9.259 (x)(r)(APFxr \equiv ($\exists f$)(AFOx · FORfx · COFfr · NFORx))	D9.36, D9.14, T9.3
T9.260 (x)(r)(APSxr \equiv ($\exists y$)(DECxy · SIGyx · SUSyr · NSOrx))	D9.37, D9.39
T9.261 (r)(x)(RISxr \equiv ($\exists y$)(DECxy · SIGyx · COEyr · NSOrx))	D9.35, D9.15
T9.262 (f)(r)(CORfr \equiv ($\exists x$)((FORfx · AFOx) \vee (SIGfx · DECxf)) · APLxr · NPRrx))	D9.38, D9.34
T9.263 (f)(r)(COFfr \equiv ($\exists x$)(FORfx · AFOx · APFxr · NFORx))	D9.14, D9.36, T9.3
T9.264 (y)(r)(SUSyr \equiv ($\exists x$)(SIGyx · DECxy · APSxr · NSOrx))	D9.39, D9.37
T9.265 (y)(r)(COEyr \equiv ($\exists x$)(SIGyx · DECxy · RISxr · NSOrx))	D9.15, D9.35
T9.266 (f)(r)(COFfr \equiv ($\exists x$)(CORfr · FORfx · AFOx · NFORx))	T9.255, D9.14, D9.38
T9.267 (y)(r)(SUSyr \equiv ($\exists x$)(CORyr · SIGyx · DECxy · NSOrx))	T9.255, D9.39, D9.38

Aunque puedan parecer pedantes, estas distinciones y equivalencias se revelarán esenciales para el análisis de la fenomenología del poder en la democracia constitucional. En particular, permitirán fundar, en los capítulos XII y XIV, la distinción —y la separación— entre las que llamaré '*funciones de gobierno*' (D12.11), ya sean legislativas o ejecutivas, que son poderes discrecionales para cuyo ejercicio se requiere el simple 'respeto' de las normas supraordenadas y se establece por eso una legitimación sobre todo *política*, y las '*funciones de garantía*' (D12.12) como es típicamente la judicial, que son en cambio poderes vinculados para los que se exige además la 'aplicación sustancial' de las normas supraordenadas y se establece por eso una legitimación enteramente *legal*. Sin embargo, podemos anticipar ya dos tesis de extrema importancia.

La primera tesis es que todas las normas deónticas, incluidas aquellas de las que se reclama sólo el respeto, son susceptibles de aplicación sustancial y, más precisamente, 'jurisdiccional'. Dada una norma deóntica cualquiera, en efecto, al menos su inobservancia, al consistir en un acto inválido o en un acto ilícito, se configura como correspondiente al comportamiento por ella prohibido. Tomemos por ejemplo la norma constitucional sobre la libertad de manifestación del pensamiento, para cuyo 'respeto' es suficiente que las leyes no impongan límites a tal libertad. Una norma que prohibiese el disenso o introdujera la censura sería incoherente con la norma constitucional que tutela el derecho a manifestar libremente el pensamiento, pero al mismo tiempo, a los fines del juicio de constitucionalidad, tendría un significado correspondiente a la (y subsumible, como desobediencia, en la) prohibición correlativa de limitar la libertad de expresión del pensamiento.

Se explica así cómo toda la jurisdicción, como veremos mejor en el § 12.8, es esencialmente 'aplicación', en calidad de normas sustantivas sobre la producción de las sentencias, de las normas deónticas cuya inobservancia constata. El uso de 'aplicación' en sentido sustancial resulta en efecto pertinente siempre que la observancia de una norma sustantiva se manifiesta en ese específico tipo de 'coherencia' que es la 'subsunción' o 'correspondencia' de un determinado supuesto de hecho con la norma que lo prevé. Por eso, como entonces veremos, el rasgo específico que distingue a la jurisdicción de cualquier otra actividad decisional es la constatación de lo que está previsto por la norma aplicada y, en base a ella, de su calificación jurídica. A diferencia de la relación entre constitución y ley o entre ley y disposición administrativa, en efecto, la jurisdicción consiste en un *ius dicere*, es decir, en la denotación de lo que es constatado por ella con el *nomen iuris* del «supuesto de hecho» previsto por la norma aplicada. Por otro lado, se clarifica de este modo el bien limitado alcance de la distinción entre «principios» y «reglas» propuesta por Ronald Dworkin⁴⁵ y expresada en la tesis de que los principios se *respetan* mientras que las reglas, sean formales o sustantivas, se *aplican*. Las reglas, como son típicamente las normas penales, cuando son observadas no son aplicadas sino simplemente respetadas. Y los principios,

por ejemplo los constitucionales, cuando por el contrario son violados, se manifiestan como reglas, *aplicables* judicialmente, como normas sustantivas que prefiguran «supuestos de hecho prohibidos», a las decisiones inválidas que constituyen su violación⁴⁶. Contraponer reglas y principios, en cuanto aplicables las primeras y los segundos sólo respetables, en virtud de una ponderación con otras razones de naturaleza distinta de la ponderación requerida en toda interpretación sistemática, corre de hecho el riesgo de oscurecer y debilitar el valor vinculante de los segundos, lo que resulta tanto más grave si éstos revisten rango constitucional⁴⁷.

La segunda tesis, a la que ya he aludido en los § 8.7-8.8, 9.7 y 9.15, es que ‘*producción*’ de normas sobre la producción, de un lado, y su ‘*aplicación*’ o ‘*respeto*’, de otro, son configurables como actividades lingüísticas: la primera como estipulación de reglas de formación (o sintácticas) y de reglas de uso (o semánticas) de los signos de la *lengua* jurídica, la segunda y el tercero como expresiones de significados en el *lenguaje* jurídico. *Reglas de formación* o *sintácticas* son obviamente todas las normas formales. Pero lo es también la regla de la simple coherencia, en virtud de la cual el significado de las decisiones debe respetar, o sea, no contradecir, las normas sustantivas de grado supraordenado. Son en cambio *reglas de uso* o *semánticas* las normas sustantivas cuya observancia consiste en su aplicación sustancial. Es el caso de las aplicaciones jurisdiccionales, cuyos significados —a diferencia de los de las decisiones autónomas o discrecionales, que simplemente ‘respetan’ (o sea, son coherentes con) las normas sustantivas superiores— son los determinados por las reglas de uso establecidas por las normas ‘aplicadas’ a los hechos nombrados y calificados de acuerdo con aquéllos. Ciertamente la subsunción es también coherencia (T9.257). Pero también es algo más: es la coherencia vinculada que se manifiesta no ya en la simple no contradicción o compatibilidad, sino en la correspondencia o derivación entre significados como sucede, de manera paradigmática, en el silogismo judicial pero también, más en general, en todas las decisiones basadas en constataciones, incluso las de tipo administrativo: como las certificaciones, las autorizaciones, gran parte de las concesiones y licencias, los registros, las inscripciones en escuelas o colegios profesionales, los dictámenes técnicos más o menos vinculantes, las habilitaciones, las valoraciones de méritos en concursos públicos y similares⁴⁸.

Quiero decir que las normas sobre la producción se encuentran con sus aplicaciones y con su respeto en la misma relación —de lengua a lenguaje— que, como se ha dicho en el § 8.8, existe entre interpretación doctrinal (de las primeras) e interpretación operativa (realizada con las segundas). Esto vale ciertamente para las normas formales, cuya aplicación (o interpretación operativa) no es otra cosa que la adopción de las formas (constatadas por la interpretación doctrinal como aquellas) exigidas si queremos expresarnos válidamente en lenguaje jurídico: cuando quiero concluir un contrato, o emplazar a alguien en juicio, o contraer matrimonio, debo expresarme en la forma preestablecida por las normas

sobre la formación de estos tipos de actos. Pero vale también para las normas sustantivas, cuyo respeto excluye las expresiones jurídicas en contradicción con ellas y cuya aplicación no es más que el uso de los términos normativos de los que ellas dictan las reglas de uso: cuando como juez o como denunciante uso la palabra «robo» en proposiciones del tipo «esto es un robo» para denominar jurídicamente cierto comportamiento, realizo una interpretación operativa de la norma sobre el robo recabada de su interpretación doctrinal, no distinta de la que realizo cuando digo que mi escritorio «es una mesa» sobre la base del significado de «mesa» recabable del diccionario de la lengua española. Como se verá mejor en el próximo párrafo, si la conformidad (o la aplicación formal), por hacer referencia a las formas, identifica la dimensión nomodinámica del ordenamiento, la coherencia (o el respeto) y la subsunción (o la aplicación sustancial), por hacer referencia a los significados, identifican su dimensión nomoestática.

Se confirma de este modo la naturaleza lingüística —de metarregla sobre la comunicación jurídica— del principio de legalidad, tanto formal como sustancial. En efecto, se puede afirmar que la validez de los actos formales y de las decisiones producidas, así como la legitimidad de las normas y de las situaciones que son sus efectos dependen del correcto y coherente uso de la lengua jurídica (normativa) en el lenguaje jurídico (operativo). Y se revela al propio tiempo la función garantista de la sintaxis y de la semántica del lenguaje jurídico estipuladas, dentro de la estructura en grados del ordenamiento, por las normas sobre su producción: de la claridad de las normas formales y sustantivas de la lengua jurídica en los niveles normativos superiores, y de los controles que se exigen sobre sus aplicaciones y sobre su respeto en los actos del lenguaje y en los significados expresados en los niveles inferiores. Sobre esta base podremos afrontar, en los próximos capítulos, los muchos problemas relativos al ‘poder’ en el estado de derecho: los límites y vínculos impuestos a su producción y a su ejercicio por las respectivas normas formales y sustantivas; las garantías predispuestas para asegurar su respeto y su aplicación; las dos dimensiones, una formal y la otra sustancial, que los dos correlativos principios de legalidad de los actos y de legitimidad de las situaciones permiten introducir en la democracia.

9.17. *Nomodinámica y nomoestática. Mera legalidad y racionalidad formal; estricta legalidad y racionalidad sustancial*

En el primer párrafo de este capítulo se ha dicho que la regulación jurídica de la producción jurídica representa el rasgo característico del derecho positivo moderno. Más concretamente, la regulación de sus formas mediante *normas formales* caracteriza al *positivismo jurídico* y al *estado de derecho en sentido débil*, que exigen que la producción de significados prescriptivos se realice únicamente por medio de actos re-

conocibles como jurídicos en virtud de su forma. La regulación de sus significados mediante *normas sustantivas* caracteriza en cambio al *constitucionalismo* y al *estado de derecho en sentido fuerte*, que exigen que todos los poderes, incluido el legislativo, estén sometidos a límites y a vínculos de contenido. Gracias a estas dos clases de normas, se ha añadido, toda decisión está sometida, en virtud del *principio de mera legalidad* (o de *legalidad formal*), a normas sobre la formación que condicionan su vigencia y su validez formal; y, en virtud del *principio de estricta legalidad* (o de *legalidad sustancial*), a normas sustantivas que condicionan su validez sustancial. Los dos principios han resultado así equivalentes a dos metanormas, una sintáctica y la otra semántica, sobre la normación jurídica: el primero exige, en tutela de la certeza jurídica por así decir «formal», que las normas formales determinen y distingan de la manera más exacta posible el mínimo y el máximo de requisitos de la conformidad con los cuales dependen, respectivamente, la vigencia del acto y su validez formal; el segundo exige, en tutela de la certeza jurídica que podemos llamar «sustancial», que las normas sustantivas estén dotadas de la máxima precisión semántica, a fin de que resulten determinados de la manera más exacta posible los significados normativos de la coherencia con (o de la subsunción en) los cuales depende la validez sustancial de las decisiones.

Existen en suma dos géneros de limitaciones impuestas a todos los poderes en el estado de derecho en sentido fuerte por otras tantas normas sobre la producción de los actos que constituyen su ejercicio: limitaciones formales, cuya inobservancia determina, más allá de ciertos límites, la inexistencia y, dentro de otros ciertos límites, la invalidez formal; limitaciones sustanciales, cuya inobservancia determina siempre la invalidez sustancial generadora, lo mismo que la formal, de la anulabilidad de los efectos indebidamente producidos. Resulta así precisada nuevamente la estructura en grados del sistema jurídico representada en una primera aproximación por las tesis T6.48-T6.59, T8.81-T8.84 y T9.100-T9.104. Como sabemos ahora, los actos formales no son sólo actos de observancia de las normas formales a partir de las cuales resultan jurídicamente inteligibles, sino que son también signos de la lengua jurídica productores de efectos consistentes a su vez en significados que, en el caso de las decisiones, son decididos directamente por sus autores. La relación de grado entre normas supraordenadas y decisiones subordinadas sigue siendo una relación entre normas y actos caracterizables como la observancia o inobservancia de éstas. Sólo que del «acto» en el que consiste una decisión forma parte el conjunto de las formas mediante las que ha sido producida pero también el significado prescriptivo decidido, que se dirá observante o inobservante de las normas sustantivas sobre su producción en la medida en que resulte coherente o incoherente con ellas.

Se comprende entonces cómo, en el modelo del estado de derecho, los dos tipos de límites impuestos a los poderes por las normas formales

y sustantivas operan de manera profundamente distinta: el primero, teniendo que ver con las formas del acto, es satisfecho, en el momento de la formación de las mismas, por su conformidad o correspondencia con las obligatoriamente preestablecidas por las normas formales aplicadas; el segundo, teniendo que ver con los significados de las decisiones, resulta satisfecho, en el momento de la producción pero también en el de la interpretación de los mismos, por su coherencia o no contradicción con los significados de las normas sustantivas por ellos respetadas. Y se comprenden las diferencias estructurales entre los dos tipos de límites: la satisfacción (o no satisfacción) del primero, como se dijo en los §§ 8.1, 9.8 y 9.11, es ante todo, aún antes que una cuestión de derecho, una cuestión de *hecho*, dependiendo de que se cumplan o no las formalidades cuya correspondencia con las formas normativamente previstas se exige; la del segundo es en cambio una cuestión solamente *de derecho*, dependiendo únicamente de los significados jurídicos que el intérprete asocie a las decisiones de grado distinto entre las que se exige coherencia. Por eso, mientras que el primer límite incide sobre la existencia o vigencia del acto antes incluso que sobre su validez, el segundo presupone siempre la existencia de las decisiones e incide solamente sobre su validez sustancial.

Retomando la distinción kelseniana entre nomodinámica y nomoestática referida en el § 1.3 y luego en los §§ 7.6, 8.10, 9.14 y 9.16, podemos explicar ahora estas diferencias afirmando que el fundamento de la vigencia es siempre y solamente formal y nomodinámico mientras que el de la validez es al mismo tiempo nomodinámico, en cuanto a su aspecto formal, y nomoestático, en cuanto a su aspecto sustancial. En efecto, si «nomodinámica» y «nomoestática» designan dos fundamentos distintos de las normas —de un lado, su producción en conformidad con otras normas y, de otro, su significado en coherencia con otras normas—, bien puede decirse que la conformidad y la disconformidad de las formas que condicionan la vigencia de los actos formales son un hecho nomodinámico, mientras que la coherencia y la incoherencia que condicionan la validez sustancial son un hecho nomoestático. La distinción kelseniana resulta así más clara y precisa. No es cierto que el derecho positivo, como afirma Kelsen, sea un sistema de normas solamente dinámico⁴⁹. Si está dotado de normas sobre la producción de tipo sustantivo, como sucede en particular en todos los ordenamientos que cuentan con una constitución rígida, representa también un sistema estático: justamente porque la legitimidad sustancial de una norma, y más en general de toda prescripción jurídica, depende también de su coherencia con las normas sustantivas sobre su producción⁵⁰. Y ni siquiera es cierto que exista equivalencia entre la estructura jerárquica del ordenamiento y el carácter dinámico del derecho positivo. La estructura jerárquica es ciertamente una condición necesaria de dicho carácter, en el sentido de que el fundamento de la existencia de una norma no constitucional, además del de su legitimidad formal, es siempre otra norma formal de grado supe-

rior. Pero esa estructura no sólo no es incompatible sino que representa también el fundamento de aquella específica dimensión nomoestática que caracteriza a todas las modernas democracias constitucionales. En suma, el paradigma de la estructura gradual del ordenamiento debe ser ampliado a la dimensión sustancial o nomoestática del derecho positivo. En efecto, decir que el significado prescriptivo expresado por una norma sustantiva es de grado superior al significado prescriptivo de una decisión de grado inferior a aquélla, y que, por lo tanto, es normativo respecto al mismo, no quiere decir sino que el segundo significado está vinculado —en primer lugar en sede de producción y luego en sede de interpretación— a la coherencia con el primero: tanto es así que una decisión es sustancialmente inválida sólo si todos los significados que admite son incoherentes, y es válida si al menos uno de ellos resulta coherente con las normas sustantivas sobre su producción (T9.177, T9.155).

Naturalmente, «coherencia» no quiere decir «derivación», sino únicamente compatibilidad o no contradicción. Hay un solo caso, como se ha visto en los §§ 9.8 y 9.14-9.16, en el que la coherencia exigida tiene tendencialmente el carácter de una implicación: el de las decisiones consistentes en la constatación de una verdad jurídica, como son típicamente las decisiones jurisdiccionales producidas según el clásico esquema del silogismo judicial. En este caso tenemos en efecto una decisión (por ejemplo una sentencia penal) cuyo significado («Tizio ha cometido el delito G [por ejemplo ‘lesiones graves’]») debe ser no sólo coherente sino completamente deducido de la conjunción de una tesis fáctica («Tizio ha cometido el hecho F [por ejemplo, ha producido heridas a Cayo que han tardado en curar más de cuarenta días]») y de la definición normativa del supuesto de hecho (establecida por el art. 590 del Código Penal italiano: «El hecho F, consistente en ocasionar a otros heridas cuya curación requiera más de cuarenta días, configura el delito G [en nuestro ejemplo ‘lesiones graves’]»)»⁵¹. Esto deriva del hecho de que en virtud de esa específica garantía sustancial que es el principio de estricta legalidad penal —que como se ha dicho en el § 9.4 es una regla semántica sobre la producción de las leyes penales— el significado de las palabras (en nuestro ejemplo «lesiones graves») con las que una decisión de condena designa los delitos constatados está en principio taxativamente predeterminado por la ley penal, de manera que es incoherente e inválido cualquier uso judicial de las mismas con un sentido distinto al (que se considera) definido por ésta.

Fuera de este caso, los significados de las decisiones no vienen nunca predeterminados sino sólo circunscritos, bajo pena de invalidez, por la obligación de coherencia con las normas sustantivas de grado superior. Dependerán por lo tanto de la cantidad de imperativos que éstas incorporen el distinto grado de vinculatoriedad y los distintos espacios de decidibilidad que caracterizan, como veremos en el próximo capítulo, la fenomenología de los diferentes tipos de poder. Hablaremos así de poder *vinculado* en el caso aquí ejemplificado del poder judicial penal,

cuyas decisiones están rígidamente sometidas a la aplicación sustancial de la ley que predetermina (o al menos aspira a predeterminar) taxativamente sus significados; de poder *discrecional* en el caso del poder administrativo, cuyas medidas están sometidas en su contenido al respeto de los deberes más o menos rígidos y numerosos impuestos por las leyes, comenzando por el funcional de la buena administración; y, en fin, de poderes *autónomos*, como son típicamente el legislativo y el negocial, cuyo válido ejercicio se halla limitado solamente por prohibiciones, como son en el primer caso la de derogar los principios constitucionales y en particular los derechos fundamentales y en el segundo la prohibición de causa ilícita. Pero en las decisiones mediante las que se ejercen todos estos poderes la validez sustancial siempre depende de la coherencia entre significados prescriptivos de distinto grado asumidos por el intérprete como pertenecientes a un único discurso: diremos, por ejemplo, que el artículo 290 del Código Penal italiano que castiga el vilipendio, si se interpreta como una indebida limitación de la libertad de manifestación del pensamiento sancionada por el artículo 21 de la Constitución, resulta constitucionalmente inválido porque se halla en contraste con la misma.

Tampoco bajo este aspecto, podemos añadir a lo ya dicho en el párrafo precedente, existe diferencia de estatuto entre «normas» y «principios». Si es verdad que las normas no son sino los significados asociados por el intérprete a actos lingüísticos normativos, también los principios, los aquí llamados *principia iuris et in iure* por venir formulados directamente en el derecho, son a su vez significados normativos o normas: en concreto, son normas sustantivas pertenecientes a la dimensión nomoes-tática del derecho. Con la consecuencia de que si es cierto que, en virtud del *principium iuris tantum* de la coherencia, el significado prescriptivo de una decisión debe ser compatible —para que resulte legítimo y para que la decisión sea válida— con las normas sustantivas superiores, entonces debe serlo también con los principios expresados por las normas o derivados de ellas; tanto es así que en caso contrario, como se ha mostrado en el párrafo precedente, estos mismos principios se manifiestan como reglas en las que son subsumibles los actos inválidos que constituyen su violación.

En el plano teórico, en suma, si es verdad que un sistema de derecho positivo no dinámico, es decir, privado de normas formales, supone una contradicción en sus términos, es también verdad que resulta difícilmente concebible un ordenamiento que no sea también estático, es decir, que carezca por completo de normas sustantivas sobre la producción. Semejante ordenamiento debería estar dotado únicamente de la norma formal *quod principi placuit legis habet vigorem*, sin que por lo demás al príncipe pudiera ocurrírsele emanar normas sustantivas sobre la producción de otras decisiones, ni siquiera por parte de sujetos subordinados a él. Pero no sólo eso. Las propias normas formales, como se ha visto en el párrafo anterior, cuando son violadas se manifiestan, para el juez que debe

constatar la violación, como normas sustantivas sobre la producción de sus decisiones jurisdiccionales. Normas sustantivas, en suma, existen en todos los ordenamientos. Lo que caracteriza específicamente al estado de derecho en sentido fuerte no es ya la existencia de normas sustantivas y por tanto la presencia de una dimensión estática en el derecho, sino el hecho de que *todos* los poderes y *todas* las decisiones —y no sólo los judiciales— están sometidos, comenzando por las leyes, no sólo a normas formales (T9.92) sino también a normas sustantivas (T9.93), como son en particular los derechos fundamentales; y que, por consiguiente, la dimensión estática se halla presente en toda la producción de significados jurídicos, empezando por la producción legislativa que de todas las formas de producción del derecho es sin duda la más importante.

Así, nomodinámica y nomoestática vienen a configurarse como las dos dimensiones igualmente esenciales del estado de derecho, que respectivamente presiden las normas formales y las sustantivas en virtud de los dos principios de legalidad —mera o formal y estricta o sustancial— a los que remiten. Como veremos aún mejor en los próximos capítulos, es así como en el estado constitucional de derecho conviven, conjugándose, las weberianas *racionalidad formal* y *racionalidad sustancial*. En efecto, mientras que las normas formales establecen las formas, las normas sustantivas vinculan su contenido, anclándolo a los principios que introducen en el derecho: las constituciones, en particular, vinculan el contenido de las leyes al respeto de los principios y de los valores que ellas mismas estipulan, empezando por los derechos fundamentales de la persona. En este sentido, podemos decir desde ahora, normas formales y normas sustantivas de rango constitucional sirven para fundar las dos dimensiones axiológicas de la democracia que comentaré en la parte cuarta: las primeras identifican su dimensión y legitimación *formal* vinculando el «*quién*» y el «*cómo*» de las decisiones a los principios de representatividad y de mayoría en el derecho público y al de autonomía de la voluntad en el derecho privado; las segundas diseñan su dimensión y legitimación *sustancial* estableciendo, en forma de derechos fundamentales o de otros principios directamente estipulados o derivables por el intérprete, el «*qué*» está prohibido decidir o no decidir.

NOTAS

1. *Grosso modo* el significado de la expresión «estado de derecho en sentido débil» corresponde al de la expresión alemana *Rechtsstaat*. En este sentido, como escribe Kelsen, todo estado, en cuanto «estado legal», o sea, como ordenamiento jurídico, es un estado de derecho: «Si se reconoce en el Estado un orden jurídico, todo Estado es un Estado de derecho, dado que esta expresión es pleonástica» (*Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1979, § 41, d, p. 315); «todo Estado tiene que ser un Estado de derecho, puesto que todo Estado es un orden jurídico» (*ibid.*, e, p. 320). La expresión italiana *stato di diritto* y la inglesa *rule of law* corresponden en cambio bastante más a la aquí denominada «estado de

derecho en sentido fuerte». Sobre la distinción entre las dos nociones remito a mi *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, ⁹2009, cap. XIII, § 57, pp. 855-868; «El derecho como sistema de garantías», en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, ⁷2010, pp. 15-35; «Pasado y futuro del Estado de Derecho», en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, ⁴2009, pp. 13-29. De la abundante literatura sobre el estado de derecho me limito a recordar: E. Forsthoff, *Rechtsstaat im Wandel* [1964], trad. it., *Stato di diritto in trasformazione*, ed. de C. Amirante, Giuffrè, Milano, 1973; E. Díaz, *Estado de derecho y sociedad democrática* [1966], Taurus, Madrid, ⁹1998; N. Luhmann, *Politische Planung* [1971], trad. it., *Stato di diritto e sistema sociale*, ed. de A. Febbrajo, Guida, Napoli, 1978; R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* [1977], trad. cast. de M. Guastavino, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984; Íd., *Law's Empire* [1986], trad. cast. de C. Ferrari, *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988; P. Costa y D. Zolo (eds.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002, y el «Saggio bibliografico» de F. P. Vertova que figura como apéndice; M. Carbonell, W. Orozco y R. Vázquez (eds.), *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, Siglo XXI, México, 2002, con escritos de J. Raz, R. Summers, E. Díaz, F. Laporta, R. Vázquez, D. Valadés, L. Ferrajoli, E. Garzón Valdés, G. O'Donnell, H. Concha, G. Pisarello, G. L. Negretto, H. Fix Fierro y S. López-Ayllón.

2. Es la célebre frase de Thomas Hobbes en la edición latina del *Leviatán*, ya recogida *supra*, en la nota 12 del capítulo I. Recuérdense también los párrafos del *Leviatán* recogidos en la nota 7 del capítulo VI. El mismo principio, voluntarista y iuspositivista, es enunciado por la máxima de Ulpiano «quod principi placuit legis habet vigorem» [lo que le place al príncipe tiene fuerza de ley] (D.1.4.1).

3. Todas las nociones de «forma» elaboradas por la doctrina civilista y vinculadas a la manifestación (o declaración), expresa o tácita, de la voluntad pueden ser útilmente extendidas —de manera no distinta a cuanto he hecho para ‘causa’, ‘capacidad de obrar’ y ‘capacidad jurídica’— a todos los actos que aquí llamaré ‘formales’ (D9.2), sean privados o públicos, negociales, legislativos, administrativos o judiciales. Sobre la noción civilista de «forma» como signo y manifestación externa de la voluntad —claramente común a todos estos tipos de actos pero ignorada por muchos de ellos sólo porque, igual que «causa», resulta en ellos completamente obvia— recuérdense: F. C. Saigny, *Sistema del derecho romano actual*, Comares, Granada, 2005, Libro II, cap. III, § CXXXIV, pp. 469-470: «La voluntad por sí sola es importante y eficaz, pero como hecho interno e invisible tiene necesidad de un signo exterior visible que la dé a conocer, y este signo que manifiesta la voluntad es precisamente la manifestación»; B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, Utet, Torino, 1902, § 72, p. 276: «Para que la declaración de voluntad sea válida se requiere además que ésta tenga la apropiada conformación exterior»; N. Coviello, *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, Società Editrice Libreria, Milano, ⁴1929, § 112-bis, p. 354: «Para que la voluntad tenga efecto jurídico debe ser manifestada adecuadamente con formas sensibles»; V. Scialoja, *Negozi giuridici*, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1938, § 22, pp. 67 y 68: «Para que la voluntad produzca efectos y especialmente efectos jurídicos debe manifestarse extrínsecamente [...] La voluntad se exterioriza con un acto dirigido precisamente a esta exteriorización, ya consista este acto en la palabra, en la escritura o en cualquier signo que signifique asentimiento»; F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, ³1951, pp. 275-278, que expresa bien la contraposición que aquí haré entre actos formales y actos informales (D9.2 y D9.3) al afirmar, a propósito de su «actuación», que «para los actos lícitos se habla de *forma*

y para los actos ilícitos de *hecho*» (*ibid.*, p. 276); E. Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, §§ 10 y 11: «En la vida de relación un acto no es *reconocible a los otros* sino a través de su *forma* [...] En realidad, un acto, como hecho socialmente eficaz, no existe sin una forma de actitud a través de la cual sea reconocible para los demás [...] La forma, a través de la cual el acto jurídico que es el negocio se hace reconocible a los demás, puede ser la de una declaración o la de un comportamiento puro y simple»; F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile* [1944], Jovene, Napoli, 1962, cit., § 28, p. 134: «Lo que ciertamente es esencial para la existencia del negocio es que la voluntad se consigne en un acto, encuentre en éste expresión [...] Forma es la expresión de la voluntad, y como tal no puede faltar en ningún negocio». Véanse también A. Ormanni, «Forma del negozio giuridico», en *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Torino, vol. VII, 1961, pp. 555-567; M. Giorgianni, «Forma degli atti: a) diritto privato», en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, vol. XVII, 1968, pp. 988-1007; A. Palazzo, «Forme del negozio giuridico», en *Digesto. IV Edizione, Discipline privatistiche. Sezione civile*, cit., vol. VIII, 1992, pp. 442-465. Obviamente la tesis de la necesidad de la forma como requisito esencial de todos esos actos que llamaré ‘formales’, y en particular de todos los ‘actos preceptivos’, no resulta mínimamente contradicha por el llamado «principio de libertad de formas» en materia contractual; principio por lo demás negado por N. Irti, «Strutture forti e strutture deboli (Del falso principio di libertà delle forme)» [1985], en *Id., Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 77-92, y afirmado en cambio por la civilística dominante (F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, Cedam, Padova, 1999, vol. II, t. I, p. 224: «Principio general del moderno sistema de contratos es el de la libertad de formas, en contraste con el formalismo que había caracterizado el contrato en la época anterior a las codificaciones modernas»). Sea libre o vinculada, la existencia de una forma es en todo caso condición de (reconoscibilidad de) la existencia de todos los actos que llamaré ‘formales’.

4. Conviene subrayar que en la definición de ‘forma’ (D9.1) —y en las tesis T9.4 y T9.9 derivadas de la misma— no he adoptado el signo de equivalencia entre *PERx* (u *OSSxr* en la T9.4), sino sólo el de implicación. La regularidad del acto y por consiguiente su permisión implican, en efecto, la observancia de todas las normas en materia de forma, pero no viceversa, pues para la implicación inversa se requiere también la observancia de las normas que disciplinan los significados: lo que significa, como más adelante diremos, que la validez de un acto implica su validez formal (T9.156) pero no es a su vez implicada por ésta, requiriéndose para ello también la validez sustancial (T9.158).

5. Sobre las diferentes y a menudo ambiguas acepciones de «formalismo» y de «forma», cf. N. Bobbio, *Teoría de la norma jurídica* [1958], ahora en *Teoría general del derecho*, Debate, Barcelona, 1991, Parte primera, § 15, pp. 53-55; G. Tarello, «Formalismo», en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., vol. VII, 1961, pp. 571-580; R. Orestano, «Formalismo giuridico» [1961], ahora en *Id.*, ‘*Diritto*’. *Incontri e scontri*, Il Mulino, Bologna, 1981, pp. 383-392; M. Jori, *Il formalismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1980; *Id.*, «Formalismo giuridico», en *Digesto. IV Edizione*, cit., VII, 1992, pp. 425-438; M. Atienza, *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, cap. 10, pp. 276-279.

6. Cf. A. Hägerström, *Der Römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, 2 vols., Almqvist & Wiksell/Otto Harrassowitz, Uppsala/Leipzig, 1927-1941, I, pp. 35 ss. Sobre la relación entre derecho y magia véanse, *supra*, los escritos citados en la nota 9 del capítulo IV.

7. Th. Hobbes, *Leviatán, o la materia, forma y poder de un Estado eclesiás-*

tico y civil, Alianza, Madrid, 1989, cap. XXVI, § 16: «No basta con que la ley sea escrita y hecha pública, sino que también debe haber signos manifiestos de que procede de la voluntad del soberano [...] Se requiere, por tanto, que no sólo haya una promulgación de la ley, sino que existan también signos suficientes para identificar a su autor y a la autoridad de que procede».

8. Tal comportamiento, en efecto, al manifestarse a través de signos, aunque sean de tipo gestual, satisface el principio de expresabilidad de Searle referido en la nota 1 del capítulo IV. En esto reside su diferencia con los que Rodolfo Sacco, como se dirá en la nota 11, llama «actos mudos», como la gestión de negocios ajenos, que son actos informales relevantes para el derecho únicamente por sus efectos naturales. Por lo demás, todos los actos informales son, en este sentido, actos «mudos», pues son actos no lingüísticos.

9. La definición aquí propuesta de 'ilícito' como 'acto informal prohibido' diverge de la kelseniana recordada *infra* en la nota 13 y refleja más bien la noción de ilícito prevalente en la dogmática civilista como «violación de una prohibición» (P. Trimarchi, «Illecito: b) Diritto privato», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XX, 1970, pp. 90-112), o si se quiere de «un deber, específico o genérico, de comportamiento del sujeto agente» (F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali*, cit., § 21, p. 109), o incluso como «disconformidad o divergencia entre el hecho y el derecho» (R. Scognamiglio, «Illecito [Diritto vigente]», en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., vol. VIII, 1962, pp. 164-173). Sobre el ilícito civil cf. además G. Alpa, *Trattato di diritto civile. IV. La responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 231-662. Naturalmente también pueden ser ilícitos, aparte de inválidos, los actos formales, que sin embargo adquieren relevancia en tales casos —piénsese por ejemplo en la estafa— por su materialidad informal. Sobre el desarrollo histórico del concepto de ilícito cf. G. Crifò, «Illecito (Diritto romano)», en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., vol. VIII, 1962, pp. 153-164; B. Albanese, «Illecito, a) storia», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XX, 1970, pp. 50-90. Sobre el cumplimiento como «realización del contenido de la obligación» y sobre el incumplimiento como su «falta de satisfacción» o como «omisión de la prestación (o cooperación) debida», me limito a remitir a R. Nicolò, «Adempimento: b) diritto civile», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. I, 1958, pp. 554-567; E. Betti, *Teoría general de las obligaciones*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969-1970, vol. II, § 15, pp. 393-407 y § 18, pp. 457-466; G. Oppo, *Adempimento e liberalità*, Giuffrè, Milano, 1947; M. Giorgianni, *L'inadempimento*, Giuffrè, Milano, 1959; Íd., «Inadempimento: b) Diritto privato», en *Enciclopedia del diritto*, cit., XX, 1970, pp. 860-890; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Giuffrè, Milano, 1962, vol. II; C. M. Bianca, «Dell'inadempimento delle obbligazioni», en *Commentario del codice civile (artt. 1218-1219)*, cit., 1967; B. Inzitari, «Le obbligazioni», en M. Besone (ed.), *Istituzioni di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 485-497.

10. Cf. el heterogéneo inventario de los actos incluidos en esta categoría residual en G. Mirabelli, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Jovene, Napoli, 1955.

11. A propósito de la ocupación, Rodolfo Sacco habla de «acto mudo», dado que «quien ocupa desarrolla una mera actividad de hecho» («L'occupazione, atto di autonomia»: *Rivista di diritto civile* 40 [1994], 343-358; Íd., «Il diritto muto»: *ibid.* [1993], 489-702). La expresión es retomada por G. Lorini, «L'atto giuridico nella filosofia dell'atto», en Íd. (ed.), *Atto giuridico*, Adriatica, Bari, 2002, p. XXI. Y lo mismo puede decirse de los otros actos informales arriba citados. Son en cambio actos formales, porque tienen naturaleza lingüística aunque no se expresen en forma escrita, los actos gestuales —como el de la compra de

un periódico mencionado en el párrafo precedente— que son también actos jurídicamente lingüísticos porque son comunicativos, es decir, idóneos para manifestar una declaración de voluntad.

12. Para una profundización de este análisis del principio de legalidad penal remito a *Derecho y razón*, cit., cap. III, § 9, pp. 117-129 y cap. VII, § 28.3, pp. 378-381 y a «Note critiche ed autocritiche intorno alla discussione su 'Diritto e ragione'», en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino, 1993, § 2.1.

13. H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, cit., § 6, b], a, p. 48; Íd., *Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, México, ²1958, 2.^a reimp. 1979, Primera parte, cap. III, pp. 59-67. Se comprende que si, como hace Kelsen, se define el ilícito como presupuesto de la sanción y no como la exposición a la sanción como efecto de un ilícito, entonces no hay ilícito sin sanción. Es éste un caso emblemático de la relevancia teórica de las definiciones estipulativas y de las opciones teóricas que subyacen a las mismas.

14. Recuérdense los complicadísimos argumentos (incluso las normas constitucionales serían «normas no autónomas» o fragmentos de normas, relevantes como lejanos presupuestos de alguna sanción) con los que Kelsen intenta explicar las normas sin sanción, *Teoría pura del derecho*, cit., § 6, d], pp. 63-67.

15. Es la tesis sostenida por Kelsen a partir del carácter «primitivo» del ordenamiento internacional: cf. H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre* [1920], trad. it. de A. Carrino, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Giuffrè, Milano, 1989, § 54, pp. 378-393; Íd., *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., Segunda parte, cap. VI, pp. 392 ss., 404-406; Íd., *Law and Peace in International Relations*, Harvard UP, Cambridge (Mass.), 1952, pp. 36-55; Íd., *Teoría pura del derecho*, cit., § 42, a], pp. 323-325; Íd., «The Essence of International Law», en K. W. Deutsch y S. Hoffmann (eds.), *The Relevance of International Law. Essays in Honor of Leo Gross*, Schenkman, Cambridge (Mass.), 1968, p. 87. Volveré de nuevo sobre estas tesis kelsenianas en la nota 40 del capítulo XVI.

16. La literatura más vasta e interesante sobre actos instrumentales y procedimientos es obviamente la administrativista. Me limito a recordar M. S. Gianini, «Atto amministrativo», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. IV, 1959; Íd., *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1970, vol. II. Pero véanse también las extensas y numerosas voces dedicadas —por el *Novissimo Digesto Italiano*, cit., vol. XIII, 1966, pp. 1021-1213 y por la *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XXXV, 1986, pp. 819-1008 y vol. XXXVI, 1987, pp. 1-944— a los distintos tipos de procedimiento (de derecho privado, administrativo y legislativo) y de proceso (civil, penal, administrativo, constitucional, de cuentas, tributario, comunitario, internacional y canónico).

17. No es superfluo precisar que no son actos constitutivos, en el sentido aquí convenido, las que Giuseppe Chiovenda y gran parte de la doctrina procesal-civilista han llamado «sentencias constitutivas»: es decir, las sentencias civiles que, a diferencia de las llamadas «sentencias declarativas» o «de simple constatación», no consisten en el simple reconocimiento de la existencia *ex tunc* de un derecho o más en general «de una voluntad legal» en favor del actor, sino en la producción *ex nunc* de «efectos jurídicos de los que la sentencia aparece como título o causa», aun cuando esté basada en la comprobación de un derecho que consiste precisamente en la potestad de conseguir tales efectos instando la intervención del juez y llamado por ello por Chiovenda «derecho potestativo» (G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile* [1906], Jovene, Na-

poli, ³1923, § 8, I, pp. 179-196). Chiovenda pone el ejemplo de las sentencias que constituyen una servidumbre forzosa, de las de resolución de un contrato por incumplimiento, de las de separación o divorcio, o de separación judicial de bienes, o de extinción de una comunidad (*ibid.*, pp. 187-188). Pero es claro que en todos estos casos nos encontramos frente a actos preceptivos que podrán ser también constitutivos en el sentido aquí definido si producen estatus, como las sentencias de separación o de divorcio, pero que consistirán en decisiones si producen situaciones, como las sentencias que constituyen servidumbres o extinguen obligaciones.

La autonomía y la consistencia conceptual de la noción de «sentencia constitutiva» frente a las de «mera constatación» y «de condena» es por lo demás controvertida. Fueron afirmadas en la doctrina italiana, siguiendo los pasos de la alemana, sobre todo por Giuseppe Chiovenda en su famoso preludio «L'azione nel sistema dei diritti» [1903], en *Íd.*, *Saggi di diritto processuale civile*, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1931, vol. I; *Íd.*, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1933, vol. I, pp. 178-190; *Íd.*, *Principi...*, cit., pp. 179-186, que en la nota a las pp. 180-181 recoge la ya abundante literatura en apoyo de las mismas —comenzando por la primera formulación en 1885 por parte de Adolf Wach, retomada luego y desarrollada en 1900 por Conrad Hellwig— y en la nota a las pp. 184-185 recoge las objeciones y las críticas formuladas a las mismas, en particular por Josef Kohler y por Alfredo Rocco. Francesco Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1936, I, § 45, pp. 145-148, habla a su vez de «proceso (de constatación) constitutivo». Según P. Calamandrei, «Limiti tra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile» [1917], § 9, en *Íd.*, *Opere giuridiche*, Morano, Napoli, 1965, vol. I, pp. 78-82, «la sentencia constitutiva resulta de la suma de una actividad jurisdiccional y una subsiguiente actividad no jurisdiccional», la primera de constatación de un derecho potestativo, la segunda no simplemente de reconocimiento cuando es realmente constitutiva de efectos no preexistentes. A su vez E. Fazzalari, «Sentenza civile», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XLI, 1989, § 5, pp. 1251-1254, ve confirmada en las sentencias constitutivas su tesis del carácter de «mandatos», es decir, de «manifestaciones de voluntad» más que de simples «constataciones», de las resoluciones jurisdiccionales. Un «reconocimiento» y una «consagración legislativa» de la validez conceptual de esta categoría de sentencias ha sido vista, por ejemplo, por F. Lancellotti, «Sentenza civile», en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., vol. XVI, 1969, p. 1138, en el artículo 2908 del Código Civil italiano, titulado «Efectos constitutivos de las sentencias», según el cual «en los casos previstos por la ley, la autoridad judicial puede constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas, con efectos entre las partes, sus herederos o causahabientes». En cambio, este artículo ha sido juzgado «pleonástico» —significando sólo que «la sentencia refleja» la específica «tutela de un determinado derecho» consistente precisamente «en la constitución de un efecto jurídico»— por S. Satta, *Diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1967, §§ 146-150, pp. 221-227, quien ha criticado y desvalorizado toda la categoría de las sentencias constitutivas.

18. Valerio Pocar y Paola Ronfani (*La famiglia e il diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1998, cap. I) han propuesto, como clave de lectura de las transformaciones que están teniendo lugar en las relaciones conyugales, la tesis del cambio progresivo del paradigma normativo del estatus hacia el del *contrato*, enunciada hace más de un siglo, como he recordado en la nota 1 del capítulo VII, por Henry Sumner Maine, *El derecho antiguo*, Civitas, Madrid, 1993.

19. Recuérdesse que la distinción entre «interpretación doctrinal» e «inter-

pretación operativa», aludida en los §§ 4.4 y 6.12, ha sido introducida en el § 8.8.

20. «Normas sobre la producción» es una expresión del léxico jurídico italiano que sin embargo, en los usos habituales, tiene un significado bastante más restringido que el convenido aquí, pues designa no ya, según la definición aquí propuesta, cualquier norma sobre la producción de actos formales, sino sólo las normas sobre la producción de normas o, si se quiere, de fuentes: cf. en este sentido T. Perassi, *Introduzione alle scienze giuridiche* [1922], reimp. Cedam, Padova, 1967, pp. 34 y 57-58; N. Bobbio, «Norme secondarie» [1975], ahora en *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994, cap. XII, pp. 238 ss.; R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffré, Milano, 1993, pp. 2 y 29-36; Íd., «In tema di norme sulla produzione giuridica», en P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1995. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 303-313; Íd., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffré, Milano, 1998, pp. 43 ss. A veces los teóricos del derecho de formación analítica hablan también de «metanormas» para aludir, en sentido más amplio, a las normas que versan sobre (otras) normas: cf. T. Mazzaresse, «Metanorme e linguaggio deontico. Un'analisi logica»: *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2 (1982), 409-445; Íd., «Metaregole»: *Nuova civiltà delle macchine* III/3-4 (1985), 65-73; Íd., *Logica deontica e linguaggio giuridico*, Cedam, Padova, 1989, pp. 19-59; Íd., «Metanorme. Rilievi su un concetto scomodo della teoria del diritto», en P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 125-158; R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., p. 41; Íd., *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 23 y 425.

21. Cf. en este sentido H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963, cap. V, § 3, pp. 113-125, que afirma esta tesis en relación con todas las normas que él llama «secundarias», en el significado que recordaremos en la nota 50 del capítulo X.

22. Obviamente de «inexistencia» por razones sustanciales o de contenido también puede hablarse en el caso límite de una decisión totalmente carente de significado (T9.67), incluso si es por la imposibilidad de realizar lo que prescribe (según las tesis T2.3, T4.35, T6.28 y T6.29). Es el caso de las condiciones imposibles contenidas en un testamento o en un contrato de las que hablan los artículos 634 y 1354 párrafo segundo del Código Civil italiano. Pero en este caso la inexistencia obedece a que en realidad ni siquiera nos encontramos, en rigor, frente a una decisión, o si se prefiere, frente a una prescripción, al faltar precisamente su significado prescriptivo: en este sentido cf. mi «Linguaggio assertivo e linguaggio precettivo»: *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* (1967), 522 ss. Véanse además, sobre otro aspecto de la cuestión relativo a las decisiones aberrantes, las consideraciones realizadas al final del § 9.10 y después en las notas 32, 36 y 37. Finalmente son difícilmente concebibles actos constitutivos singulares carentes de significado, dado que en tal caso los significados son normativamente preestablecidos por las normas hipotéticas que los prevén.

23. Sobre la cuestión, planteada por Mario Jori, «La cicala e la formica», en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo...*, § 2.2, pp. 81-91, cf. mi réplica en «Note critiche ed autocritiche...», cit., § 1.2, pp. 465-470. Cf. también M. Gascón Abellán, «La teoría general del garantismo: rasgos principales», en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 33-35, que retoma y desarrolla las críticas de Jori a la asimilación del binomio vigencia/validez al binomio juicio de hecho/juicio de derecho realizada por mí en *Derecho y razón*, cit. Debo

a estas críticas el reconocimiento de que la vigencia y, más en general, la conformidad y la disconformidad, que más adelante llamaré ‘validez formal’ e ‘invalididad formal’, no son *sólo* cuestiones de hecho, al ser identificables como tales a partir (de la interpretación) de las normas formales de las que son observancia o inobservancia. Sin embargo, debemos reconocer que las cuestiones referentes a la forma de los actos formales y que conciernen a las condiciones de la vigencia y de la validez formal, a diferencia de las referentes al significado y que conciernen a la validez sustancial, son *también* cuestiones de hecho, y no sólo de derecho, al consistir las formas y sus eventuales vicios en requisitos o circunstancias que deben ser constatadas empíricamente, de modo no muy distinto, por ejemplo, a los elementos constitutivos de los delitos y más en general de los actos ilícitos, que también son calificables como tales a partir de las normas que los prevén. Por el contrario, la coherencia y la incoherencia, que más adelante llamaré ‘validez sustancial’ e ‘invalididad sustancial’, son *sólo* cuestiones de derecho, dado que su constatación no es empírica sino lógica, al concernir a la compatibilidad o la incompatibilidad entre los significados de las normas de las que se predicán y los de las normas de grado superior a ellas.

24. Se trata de una concepción que durante mucho tiempo ha sido compartida por toda la tradición del positivismo jurídico, desde Hobbes hasta las actuales doctrinas normativistas. Cf. Th. Hobbes, *Leviatán*, cit., XXVI, §§ 1-6; Íd., *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos*, Tecnos, Madrid, 1992; S. Pufendorf, *De iure naturae et gentium*, lib. I, cap. IV, Barbeyrac, London, 1740; J. Bentham, *A Fragment on Government, or a Comment on the Commentaries* [1776], en *Works of Jeremy Bentham*, ed. de J. Bowring [1838-1843], reimp. Russell and Russell, New York, 1962, vol. I, pp. 227-238 (hay trad. cast. de E. Bocardó, *Un fragmento sobre el gobierno*, Tecnos, Madrid, 2003); J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* [1832], trad. cast. y estudio preliminar de J. R. de Páramo, *El objeto de la jurisprudencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, Lecciones V y VI, pp. 131 ss.; H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., Primera parte, cap. I, C], a], p. 36; D], c], p. 56 y cap. XI, H], b], p. 185; Íd., *Teoría pura del derecho*, cit., § 4, c], p. 23; Íd., *Teoría general de las normas*, Trillas, México, 1994, cap. VIII, § 6; H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, cit., pp. 125-137; N. Bobbio, «Teoría de la norma jurídica» y «Teoría del ordenamiento jurídico», en Íd., *Teoría general del derecho*, cit., Parte primera, cap. II, § 9, pp. 33-35; Parte segunda, cap. II, § 62, pp. 179-184; Íd., *El positivismo jurídico* [1961], trad. cast. de R. de Asís y A. Greppi, Madrid, Debate, 1993, § 33, p. 145. Esta identificación entre «validez» y «existencia jurídica» (o «pertenencia al ordenamiento») —ajena al léxico de la dogmática jurídica, que en cambio distingue pacíficamente las normas y los actos preceptivos existentes en «válidos» e «inválidos»— ha sido muy común en toda la literatura filosófico-jurídica de enfoque analítico: cf. U. Scarpelli, *Filosofía analítica e giurisprudenza*, Istituto Editoriale Cisalpino, Milano, 1953, pp. 65-76; Íd., *¿Qué es el positivismo jurídico?*, Cajica, Puebla, 2001; G. Gavazzi, *Delle antinomie*, Giappichelli, Torino, 1959, pp. 118 ss.; A. G. Conte, *Validità*, en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., vol. XX, 1975, p. 422; E. Bulygin, «Sobre la regla de reconocimiento» [1976] y «Time and validity» [1981], ahora en C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 383-393 y 195-215; J. Wroblewski, «Tre concetti di validità»: *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile* (1982), 584-595; R. Guastini, «Problemi d’analisi dei discorsi dei giuristi», en S. Castignone, R. Guastini y G. Tarello, *Introduzione teorica allo studio del diritto*, Ecig, Genova, 1981, pp. 190-193, e Íd., *Lezioni di teoria analitica del diritto*, Giappi-

chelli, Torino, 1982, p. 37, donde la validez de las normas viene definida como «pertenencia al sistema»; pero véanse también las distinciones sucesivamente formuladas por Guastini, no sólo entre las dos formas de validez sino también entre las dos formas de invalidez, así como entre validez y existencia y entre validez e inexistencia, en *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1992, XVII, pp. 215-218; Íd., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., cap. V, pp. 51-59; Íd., «In tema di norme sulla produzione giuridica», cit., pp. 307-309; Íd., *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., §§ 72-73, pp. 129-135. Yo mismo identifiqué «validez» y «existencia», que luego distinguí en los escritos aludidos en la nota 29, en mi viejo «Linguaggio assertivo e linguaggio precettivo», cit., pp. 536 ss. Por lo demás, la misma confusión entre validez y existencia, aun cuando ésta se identifica con la efectividad de las normas en lugar de con su conformidad con normas superiores, está también presente en los ordenamientos realistas: por ejemplo en A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, ³1974, cap. II, pp. 60-79. Pero recuérdese también la famosa definición de «derecho» del juez Holmes: «Las predicciones de lo que los tribunales harán, y ninguna otra cosa, constituyen lo que yo entiendo por derecho» (*The Path of the Law* [1897], en *The Holmes Reader*, ed. de J. J. Marke, Oceana Publications, New York, 1955, p. 63). También entre los constitucionalistas se tiende a veces a confundir validez y existencia: Franco Modugno, por ejemplo, llama a la existencia de una norma inválida «validez en sentido débil», «provisional» o «precaria» para distinguirla de la validez propiamente dicha, o sea, «en sentido fuerte» o *pleno iure* («Validità [teoria generale]», y «Validità [diritto costituzionale]», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XLVI, 1993, pp. 19 y 44); y afirma, retomando la «conocida tesis kelseniana», que «la validez es la existencia específica o ideal de la norma, en el sentido de que el modo de existir propio de la norma es el de pertenecer (ser parte) a un conjunto de normas (el ordenamiento normativo). La pertenencia a un ordenamiento es condición necesaria y suficiente de la validez-existencia de una norma (cualquiera) [...] En este sentido no existen en un ordenamiento normas válidas y normas inválidas, porque normas válidas son, *per definitionem*, las normas existentes en ese ordenamiento. Y puesto que en un ordenamiento concreto únicamente existen normas válidas, no existen en absoluto normas inválidas» («Validità [teoria generale]», cit., pp. 25-26).

25. *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., Primera parte I, cap. X, C), c), p. 137. La tesis de la equivalencia entre «validez» y «existencia» impide a Kelsen admitir la existencia de normas inválidas y en consecuencia reconocer la invalidez e incluso la existencia de las leyes inconstitucionales: «De una ley inválida no podría sostenerse que es inconstitucional, puesto que la ley inválida no es ley alguna, siendo jurídicamente inexistente, sin que sobre ella sea posible formular ningún enunciado jurídico» (H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, cit., § 35, j), p. 277); «La ley 'inconstitucional' es hasta su derogación —sea una derogación particular, limitada a un caso concreto, o una derogación general— una ley válida. No es nula, sino sólo anulable» (*ibid.*, § 29, f), p. 154); y «anular una norma [...] equivale a poner término a la validez de esa norma mediante otra norma» (*ibid.*, § 35, j), p. 274); «Las llamadas leyes 'inconstitucionales' son leyes conformes a la constitución, pero que pueden ser dejadas sin efecto mediante un procedimiento especial» (*ibid.*, § 35, j), p. 280). Por eso, el fenómeno de la «ley inconstitucional» había sido explicado, en la edición de 1934 de la *Teoría pura*, con este extravagante razonamiento: «La constitución no sólo quiere la validez de la ley constitucional, sino también —en cierto sentido— la validez de la ley 'inconstitucional' [...] Lo que se llama 'inconstitucionalidad' de la ley no es, por tanto, una contradicción lógica en que se encuentre el contenido de una ley con

el contenido de la constitución, sino una condición estatuida por la constitución para la iniciación de un procedimiento que conduce, o a la derogación de la ley —hasta entonces válida y por ende constitucional—, o al castigo de un órgano determinado» (*Reine Rechtslehre* [1934], trad. cast. de J. G. Tejerina, *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, Losada, Buenos Aires, 1946, § 31, pp. 121-122). En cambio, hay otro pasaje kelseniano que parece estar en contradicción con la tesis de la validez y apoyar más bien la tesis de la inexistencia de la ley inconstitucional: tras haber reiterado que «la afirmación corriente de que una ‘ley inconstitucional’ es nula carece de sentido, en cuanto una ley nula no es tal ley», que «una norma no válida es una norma no existente, es la nada jurídica» y que por eso «la expresión ‘ley inconstitucional’ aplicada a un precepto legal que se considera válido es una contradicción en los términos», Kelsen añade (en confirmación de las aporías o por lo menos de las dudas provocadas por la equivalencia entre existencia y validez) que «si el precepto es válido sólo puede serlo porque corresponde a la constitución; si es contrario a ésta, no puede ser válido» (H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., Primera parte, cap. XI, H], b], p. 185).

26. H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, cit., § 35, j] y k], pp. 273-284; Íd., *La garantie jurisdictionelle de la Constitution* [1928], trad. cast. de J. Ruiz Manero, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, en Íd., *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, selección y presentación de J. Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988, III, pp. 124-125, donde, para superar la aporía, Kelsen sostiene la extraña tesis de que el pronunciamiento de «anulación de una norma general» consistiría en «quitar validez a la misma» incluso con «efecto retroactivo»; tendría, afirma en *Judicial Review of Legislation* [1942], trad. it. en *La giustizia costituzionale*, cit., p. 300, «la misma naturaleza que una ley derogatoria».

27. *El concepto de derecho*, cit., cap. IV, § 3, p. 86: «Una constitución que efectivamente limita las potestades legislativas de la suprema legislatura del sistema no lo hace (o, en todo caso, no es necesario que lo haga) imponiendo a aquélla el deber de no intentar legislar de ciertas maneras; en lugar de ello establece que tal pretendida legislación será nula. No impone deberes jurídicos sino que establece incompetencias jurídicas. ‘Límites’ no significa aquí la presencia de un deber sino la ausencia de potestad jurídica».

28. *Ibid.*, p. 87: «Las limitaciones jurídicas a la autoridad legislativa no consisten en deberes impuestos al legislador de obedecer a algún legislador superior, sino en incompetencias establecidas en reglas que lo habilitan para legislar».

29. He formulado la distinción entre «existencia» (o «vigencia») y «validez» en «La semantica della teoria del diritto», cit., pp. 115 ss.; en «La formazione e l’uso dei concetti nella scienza giuridica e nell’applicazione della legge»: *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2 (1985), 417 ss.; en *Derecho y razón*, cit., § 26, pp. 353-368 y § 58, pp. 868-880; en «El derecho como sistema de garantías», cit., pp. 61 ss.; en «Note critiche e autocritiche...», cit., §§ 1.2 y 1.3, pp. 465-477 y, junto a la crítica de los residuos paleo-iuspositivistas en el pensamiento de Kelsen y en la filosofía vétero-ius-analítica, en *La cultura giuridica nell’Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 92-113. Por lo demás, la tenaz negación de la posible existencia del derecho ilegítimo, realizada por Kelsen en homenaje a la «unidad del sistema», está en contradicción, en última instancia, con su propia concepción nomodinámica del derecho positivo: la «jurisprudencia tradicional», afirma, «habla de sentencias judiciales *contra legem* y de leyes *inconstitucionales*, dando la impresión de que, en general, fuera posible algo así como una norma contraria a norma, y, en especial, una norma jurídica contraria a derecho. Más aún, el derecho mismo pareciera tener que contar con

un derecho contrario a derecho, confirmando su existencia por relacionarse con múltiples prescripciones cuya finalidad radicaría en la anulación de un derecho contrario a derecho. Si hubiera algo así como un derecho contrario a derecho, la unidad del sistema de normas, que se expresa en el concepto de orden jurídico, quedaría eliminada. Pues una ‘norma contraria a norma’ es una autocontradicción; y una norma jurídica en cuyo respecto pudiera afirmarse que no corresponde a la norma que determina su producción, no podría ser vista como norma jurídica válida, por ser nula, lo que significa que, en general, no constituye norma jurídica alguna» (*Teoría pura del derecho*, cit., § 35, j], p. 274).

30. L. Gianformaggio, «Diritto e ragione tra essere e dover essere», en Íd. (ed.), *Le ragioni del garantismo...*, cit., pp. 27-31. Esta «presunción de regularidad de los actos del poder», que Letizia Gianformaggio reprocha a Carl Schmitt recordando que él «la denominó ‘el premio super legal a la posesión legal del poder legal’» (*Legalität und Legitimität* [1932], trad. cast. de C. Monereo, *Legalidad y legitimidad*, Comares, Granada, 2006), también está presente en Hans Kelsen, como se ha visto en el extenso pasaje reproducido en la nota precedente.

31. Recuérdese que del principio de legitimidad de las situaciones no constituyentes y de los estatus he hablado ya en el § 8.6. Ahora es útil subrayar los diversos estatutos sintácticos —a partir de las definiciones formuladas hasta aquí y de las que seguirán— de las categorías de la vigencia, la validez (y la invalidez) formal y sustancial, la eficacia, la actuabilidad, la legitimidad y la efectividad. Vigencia y validez son predicables de los actos formales, si bien en referencia unas veces a su forma (como la vigencia y la validez e invalidez formal) y otras a su significado (como la validez e invalidez sustancial). Predicable de todos los actos, sean formales o informales, es la *eficacia*, incluso si se refiere a los efectos jurídicos del acto dispuestos o predispuestos por una norma. La *legitimidad* (y la *ilegitimidad*) —sobre la cual véase también, *infra*, la nota 38— es en cambio predicable de los efectos de los actos preceptivos, es decir, de las normas, de las situaciones y de los estatus. Y lo mismo cabe decir de la *efectividad* (y de la *inefectividad*), predicable de las situaciones y de las normas, igual, por lo demás, que la actuabilidad. Subvierto así los usos kelsenianos de estos términos, según los cuales la validez se refiere a las normas y la efectividad (que Kelsen llama ‘eficacia’) a los actos en cuanto conformes (o no) con las normas: «la validez es una cualidad del derecho; la llamada eficacia, una cualidad de la conducta real de los hombres» (H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., Primera parte, cap. I, C], e], p. 46); lo que equivale a decir, por ejemplo, que la utilidad o la eficacia de un determinado instrumento es una cualidad de su utilización y no del instrumento.

32. En el léxico de la dogmática la cuestión de la inexistencia se complica por su posible confusión con la llamada «nulidad absoluta». De la ingente literatura sobre la cuestión, me limito a recordar, en apoyo de la equivalencia entre «inexistencia» y «nulidad absoluta», F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, cit., § 171, p. 335; Íd., «Inesistenza dell’atto giuridico?»: *Rivista di diritto processuale* I (1955), 208 ss.; S. Satta, «Sull’inesistenza degli atti processuali»: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* (1956), 337 ss. En apoyo de la distinción entre los dos conceptos —la inexistencia del acto y la nulidad, referida, por las normas que hablan de ella, a un acto existente— véanse en cambio: T. Ascarelli, «Inesistenza e nullità» [1956], en Íd., *Problemi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1959, I, pp. 225-232, que pone el ejemplo de la compraventa verbal de un inmueble, que existe, aun cuando esté viciada de nulidad absoluta por falta de forma escrita; R. Tommassini, «Nullità: b) diritto privato», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XXVIII, 1978, pp. 871-883, aunque en términos problemáticos; G. Zagre-

belsky, «Processo costituzionale», *ibid.*, vol. XXXVI, 1987, pp. 565-567, quien defiende la «fundamental distinción conceptual» entre las dos figuras y afirma «el deber de todos los sujetos del ordenamiento de inmediata inaplicación» —por ser claramente más inexistente que anulable— del «acto que ha violado esenciales reglas sustantivas, procedimentales o de competencia», recordando la sentencia n.º 152 de 1982 de la Corte Constitucional según la cual «es contradictorio asumir la radical inexistencia de la ley y dirigirse al mismo tiempo a la Corte para que declare su ilegitimidad constitucional y en consecuencia haga que cese su eficacia —conforme al apartado 1 del artículo 136 de la Constitución— desde el día siguiente a la publicación de la decisión: en efecto, si verdaderamente la disciplina estuviera contenida en una apariencia de ley, no susceptible desde su origen de producir efectos de ningún tipo, faltaría la premisa para una decisión de la Corte». Por lo demás, en el plano teórico la distinción conceptual y la delimitación entre la «existencia» (del acto, poco importa si considerado anulable o nulo) y la «inexistencia» resultan completamente claras y precisas a partir de la configuración de la primera, aquí llamada ‘vigencia’, como coextensiva a alguna forma (D9.16, T9.131), y de su consiguiente equivalencia con ‘acto formal’ (T9.132) y como tal productor de efectos (T5.31): es existente, aun cuando sea inválido o nulo, el acto dotado de alguna forma y por eso de alguna eficacia o relevancia jurídica, aunque sea provisional y anulable; es inexistente el acto carente de toda forma y por eso de todo efecto. Las dudas que pueden manifestarse de hecho, como se dirá al final del § 9.10 y en la nota 36, siempre están ligadas a la incertidumbre del derecho positivo: son, brevemente, dudas de carácter no ya teórico sino dogmático.

33. La distinción entre «validez formal» y «validez material» fue formulada por Norberto Bobbio en el ensayo *Sul ragionamento dei giuristi* [1955], reimp. en P. Comanducci y R. Guastini, *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1989, pp. 167-169, donde sin embargo la validez de la norma seguía siendo identificada con su existencia o pertenencia al ordenamiento.

34. Bien podemos decir que ‘vigencia’ y ‘validez formal’ corresponden a esa específica validez (o invalidez) que J. L. Austin, refiriéndola a los actos lingüísticos performativos, llama —en un sentido obviamente distinto del adoptado aquí al final del § 8.9— «felicidad» (o «infelicidad») o también «eficacia» (o «ineficacia», o «esterilidad»), y que sólo es, en efecto, la forma de regularidad, o de irregularidad, que caracteriza esos actos performativos que son en el derecho los actos puramente constitutivos (T9.159, T9.184): en el ejemplo propuesto por Austin es infeliz o ineficaz (yo diría ‘no vigente’ o ‘jurídicamente inexistente’) el acto de quien, desearo divorciarse de su mujer e ignorando los procedimientos exigidos, se ponga delante de ella declarando en voz alta, para que todos lo oigan: «me divorcio de ti» (J. L. Austin, «Emisiones realizativas», en L. M. Valdés Villanueva [ed.], *La búsqueda del significado. Lecturas de filosofía del lenguaje*, Tecnos, Madrid, 42005, p. 419).

35. Es la clásica tesis de H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, cit., § 45, c] pp. 350-351. Véanse, *supra*, las notas 1 y 5 del capítulo IV. Pero recuérdese también el pasaje de Th. Hobbes, *Leviatán*, cit., cap. XXVI, § 21, p. 447: «Todas las leyes, escritas y no escritas, necesitan interpretación [...] Las leyes escritas, si son breves, pueden ser fácilmente mal interpretadas debido a los diversos significados que cabe dar a una o dos palabras; y si son leyes largas, serán todavía más oscuras debido a la diversidad de significados que cabe dar a muchas palabras».

36. Plantean hipotéticos casos de nulidad-inexistencia de las leyes por vicios aberrantes de tipo sustancial —reconducibles en mi opinión, como sostendré en la nota siguiente, a la falta total de competencia, es decir, de la forma mínima

requerida para que la ley sea reconocida como existente— F. Modugno, «Legge (vizi della)», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XXIII, 1973, pp. 1026-1027, que pone el ejemplo de leyes ordinarias «expresamente dirigidas a la derogación» o a la «modificación expresa» de normas constitucionales; y G. Zagrebelsky, «Processo costituzionale», cit., p. 567. Véase sobre la cuestión la nota siguiente.

37. Véase, *supra*, la nota 23. Riccardo Guastini añade a los dos vicios aquí distinguidos un tercer tipo, el de incompetencia (*Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., cap. V, pp. 55 y 58, cap. XXVIII, pp. 413-414), cuya singularidad consistiría en el hecho de que se refiere a los requisitos formales del sujeto que decide, aunque es evidenciado a partir (de la interpretación) del significado prescriptivo del acto inválido: piénsese en la reserva de ley estatal en materia penal y el caso de una norma penal contenida en una ley regional. No me parece que estas características sean suficientes para justificar la introducción de este *tertium genus*. En efecto, las normas de competencia, como mostraré en el § 10.7, forman una clase sin duda compleja de normas formales (T10.99) cuya inobservancia da lugar a actos inválidos formalmente (T9.176) y, en los casos extremos y más macroscópicos, a inexistencia por defecto total de forma. Sin duda es cierto que el vicio de competencia —como en el ejemplo de una ley regional en materia penal— se puede advertir sobre la base del significado de la prescripción producida. Pero esto, como se verá, si el vicio no es hasta tal punto radical como para determinar la inexistencia, no excluye su carácter formal, así como no excluye el carácter formal del defecto de motivación de una sentencia el hecho de que su constatación requiera la lectura de la disposición judicial. En ambos casos no tenemos una incoherencia entre el significado prescriptivo de la decisión producida y el de una norma sustantiva sobre su producción, sino una divergencia de la decisión respecto de los requisitos extrínsecos establecidos por una norma formal: por falta de competencia o de motivación y no ya por incoherencia de su contenido prescriptivo con la ley. La reserva de ley en materia penal, por ejemplo, equivale a la prohibición de introducir prohibiciones penales mediante fuentes distintas a la ley, cualquiera que sea la cosa que se prohíba: no es el concreto significado del acto, sino el «tipo» de significado y por tanto el vicio o la ausencia de forma con la que se expresa (como el caso de una sentencia emitida por un no juez) lo que se excluye, incluso si para constatar tal vicio o defecto formal es necesario atender a lo que en ella se dice. Todo esto resulta claramente de nuestras definiciones, aun cuando su explicación analítica requeriría el desarrollo de teoremas excesivamente complejos. Sobre la cuestión volveré en los §§ 10.6 y 10.7.

38. Generalmente por «legitimidad» se entiende la legitimidad política o externa, o sea, en relación con parámetros no jurídicos sino ético-políticos: me limito a recordar sobre este enfoque A. Passerin D'Entreves, *La dottrina dello Stato. Elementi di analisi e di interpretazione*, Giappichelli, Torino, 1967, pp. 203-214 (trad. cast. de A. Fernández Galiano de la versión inglesa [1970], *La noción de Estado. Una introducción a la teoría política*, nueva ed. y prólogo de R. Punset, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 173 ss.); Íd., *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, Edizioni di Comunità, Milano, 1970, pp. 53-66; N. Bobbio, «Sul principio di legittimità» [1964], en *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1970, pp. 79 ss. En cambio, el término viene aquí usado y redefinido como término teórico-jurídico, para designar la regularidad de las situaciones y de las normas, conforme a sus usos en expresiones como «legitimidad (o ilegitimidad) constitucional de las leyes o de los actos con fuerza de ley» (art. 134 de la Constitución italiana). Usaré por el contrario «justicia»,

«justificación», o «legitimación o legitimidad externa» o «política» para designar la denominada legitimación política o extrajurídica. En sentido jurídico, «legítimo» e «ilegítimo» han sido empleados recientemente también por R. Guastini, «L'illegittimità delle disposizioni e delle norme», cit., pp. 175-178 e Íd., *Il giudice e la legge*, cit., p. 131, que sin embargo las utiliza como sinónimas de «válido» e «inválido» en lugar de como predicados de los efectos de los actos preceptivos válidos o inválidos, sean normas, situaciones o estatus, según las definiciones aquí propuestas.

39. No puede decirse lo mismo a propósito de las normas y de las situaciones producidas mediante normas de revisión constitucional, esto es, mediante actos normativos regulados por la Constitución y como tales válidos o inválidos a partir de la Constitución misma. La cuestión, como veremos en los §§ 13.17 y 13.18, no es puramente teórica: dada una constitución, diremos, cualquier modificación de la misma o se produce en la forma y, sobre todo, con los límites implícitos y explícitos impuestos a la revisión, o bien es ilegítima y subversiva.

40. Asumo por ello esta definición como problemática y provisional, dados los relevantes problemas que la misma no permite resolver. En efecto, de acuerdo con ella a la expectativa de anulación, como por lo demás a la expectativa de condena a una sanción con la que en el próximo capítulo definiré la 'responsabilidad' por acto ilícito (D10.36), corresponde la obligación a cargo de un juez de pronunciar una y otra. Sólo que esta obligación no nace, en rigor, con el acto inválido o con el acto ilícito, sino con la acción en juicio, y más exactamente a continuación del procedimiento judicial que constata los presupuestos sustanciales, o sea, la invalidez o la ilicitud. La anulabilidad, igual que la responsabilidad por los actos ilícitos respecto de la condena, es por tanto, en rigor, la expectativa no ya directamente del acto de anulación productor de la nulidad, sino de los actos que activan el procedimiento judicial. Se trata quizás de un caso en el que un determinado efecto se sigue no de un solo acto sino de la conjunción o resultado lógico de más actos. Volveré sobre la cuestión en el § 12.8, cuando defina el concepto de jurisdicción.

41. Consistiendo en la expectativa de un acto jurisdiccional como es la anulación, la anulabilidad exige el interés en tal acto por parte del sujeto que es su titular. Por lo demás, el interés para actuar en juicio es exigido por regla general para cualquier demanda judicial: «para interponer una demanda o para contestar a la misma es necesario tener interés», establece el artículo 100 de nuestro Código de Procedimiento Civil, que reproduce el artículo 36 del código de 1865. Como tal, se trata de un «principio general del proceso», que constituye un «presupuesto del acto de iniciación del proceso» (A. Attardi, «Interesse ad agire», en *Digesto. IV Edizione. Discipline privatistiche. Sezione civile*, cit., IX, 1993, p. 515). «El interés para actuar», escribió Giuseppe Chiovenda, «no consiste sólo en el interés de conseguir el bien garantizado (lo que forma el contenido del derecho), sino el interés de conseguirlo por obra de los órganos jurisdiccionales» (*Principi...*, cit., § 5, VI, p. 155).

42. Platón, *Protágoras*, 324b, trad. cast. de C. García Gual, en *Diálogos*, vol. I, Gredos, Madrid, 1982, p. 529.

43. Recuérdense los pasajes de Vico referidos en la nota 15 del capítulo I.

44. «La norma que regula la creación de otra es 'aplicada' en el acto de creación. La creación del derecho es siempre aplicación del mismo. Estos dos conceptos en manera alguna se oponen absolutamente, como lo piensan los partidarios de la teoría tradicional [...] Por regla general, la creación de una norma jurídica es aplicación de un precepto de grado más alto, que regula su creación; y la aplicación de una norma superior, normalmente es creación de otra inferior

determinada por aquélla. Una decisión judicial, por ejemplo, es un acto por el cual una norma general, una ley, es aplicada; pero al mismo tiempo, es norma individual que impone obligaciones a una de las partes o a las dos en conflicto. La legislación es creación de derecho; pero si tomamos en cuenta a la Constitución descubriremos que es también un proceso de aplicación jurídica. En todo acto legislativo conforme a las prescripciones constitucionales, la Constitución es aplicada. La elaboración de la primera Constitución puede igualmente considerarse como una aplicación de la norma básica» (H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., p. 157). Como se ve, Kelsen no distingue, como en cambio haré en este párrafo, entre ‘aplicación’ y simple ‘respeto’ de las normas sobre la producción, ni entre ‘aplicación formal’ y ‘aplicación sustancial’. Se puede sin embargo afirmar que, establecida la relatividad de la distinción, lo que Kelsen llama «creación del derecho» está vinculado precisamente a la aplicación formal de las normas formales y al simple respeto de las (o, como diremos más adelante, a la coherencia [T9.253] con las) normas sustantivas; mientras que la decisión judicial que él llama «aplicación del derecho» equivale a la aplicación no sólo formal sino también sustancial de las (o, como se dirá luego, a la correspondencia [T9.254] y más precisamente a la subsunción [T9.256] en las) normas sustantivas sobre su producción.

45. Como es conocido, la distinción se debe sobre todo a Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* cit., pp. 61-101. Sobre la misma se ha desarrollado una amplia literatura. Recuérdense ante todo las críticas de J. Raz, H. L. A. Hart, K. Greenawalt, S. Munzer, D. A. Richards, P. Soper y J. Mackie, a las que Dworkin responde ampliamente en *Los derechos en serio*, cit., pp. 412-496. También cabe recordar A. Pintore, *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, Giuffrè, Milano, 1982; L. Gianformaggio, «L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi»: *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 1 (1985), 67-103; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, cap. VI (trad. cast. de M. Gascón, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 109-130); R. Guastini, *Le fonti del diritto*, cit., cap. XXX, pp. 447 ss.; Íd., *Distinguendo. Studi di teoria e metateoría del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 115-145 (trad. cast. de J. Beltrán, *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 142-178); Íd., *Teoría e dogmática delle fonti*, cit., cap. XV, pp. 271 ss.; M. Atienza y J. Ruiz Manero «Sobre principios y reglas»: *Doxa* 10 (1991), pp. 101-120; Íd., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, cap. 1, pp. 1-25; L. Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992; Íd., *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1997; Íd., *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998; A. García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998; J. L. Coleman, *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory* [2001], trad. it., *La pratica dei principi. In difesa di un approccio pragmatista alla teoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2006.

46. Así pues, desde esta perspectiva no es cierto que al contrario de las (otras) reglas, como sostiene Gustavo Zagrebelsky, «los principios no tengan ‘supuesto de hecho’ y que mientras que las reglas «pueden ser observadas o aplicadas» y se las «obedece», los principios se respetan y a ellos «se presta adhesión» (G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., cap. VI, p. 110; Íd., «Introduzione» a R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts* [1992], trad. it., *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino, 1997, p. XX). En presencia de los principios de igualdad o de

la libertad de opinión establecidos por constituciones rígidas, una ley que por ejemplo introduzca una discriminación por razón de sexo o de nacionalidad, o bien un delito de opinión, es subsumida como (supuesto de hecho) inválida en el principio de igualdad o en la libertad de manifestación del pensamiento constitucionalmente establecidos, no de modo distinto a un contrato inválido de acuerdo con el código civil porque viciado por causa ilícita.

47. El debilitamiento de la fuerza vinculante de las principales normas constitucionales sustantivas consiguiente a su configuración como «principios» en lugar de como (y en oposición a las) «reglas» se hace patente en dos pasajes de sus más ilustres sostenedores. El primero es de Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, cit., pp. 78-79: «La primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos estipula que el Congreso no ha de limitar la libertad de expresión. ¿Se trata de una norma, de modo que si una ley determinada limita de hecho la libertad de expresión, de ello se siga que es inconstitucional? Los que sostienen que la primera enmienda es ‘absoluta’ dicen que se la debe tomar en este sentido, es decir, como una norma ¿O se limita a enunciar un principio, de modo que cuando se descubre que hay limitación de la libertad de expresión esto es inconstitucional a menos que el contexto aporte algún otro principio u otra directriz política que, dadas las circunstancias, tenga el peso suficiente para permitir que se la limite? Tal es la posición de los que defienden lo que se denomina la prueba del ‘riesgo actual e inminente’ o alguna otra forma de equilibrio». Véanse también las pp. 81-82. El segundo pasaje es de R. Alexy, «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica»: *Doxa* 5 (1988), pp. 143-144: «El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, *mandatos de optimización* que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario. En cambio, las *reglas* son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos» (trad. de M. Atienza).

A este debilitamiento de la fuerza vinculante de los principios han contribuido, en mi opinión, la distinción y a veces la contraposición establecidas entre la «subsunción» que se atribuye a las reglas, y la «ponderación» o el «balanceamiento» que se predica de los principios, así como la idea de que la ponderación supone siempre una opción basada en juicios subjetivos de valor: en este sentido, cf. R. Guastini, *Distinguiendo*, cit., pp. 167-171; pero véanse también, en términos mucho más críticos y problemáticos, L. Prieto Sanchís, «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 42009, pp. 123-158, y J. J. Moreso, «Conflictos entre principios constitucionales», *ibid.*, pp. 99-121. Tras estas tesis, según las cuales los principios se pesan y se ponderan pero no se aplican a supuestos de hecho en ellos subsumibles, se halla la idea de que están *siempre* en conflicto entre sí. En la mayor parte de los casos, en cambio —discriminaciones por violación del principio de igualdad, medidas de policía establecidas en contraste con el principio de libertad personal, limitaciones de la libertad de prensa y similares— los principios se aplican a sus violaciones sin que intervenga ponderación y ni siquiera, más que en otros juicios, opciones subjetivas de valor. Obviamente también los principios, no menos que las reglas, pueden estar en conflicto. Pero en tal caso

—si no se trata de pseudo-conflictos, como aquellos entre derechos de libertad y de autonomía que he señalado en los §§ 1.6 y 2.4 y sobre los que volveré más ampliamente en los §§ 11.6, 13.14, 14.14, 15.1 y 15.7— el conflicto se resuelve, como justamente afirman Guastini y Prieto, con el criterio de especialidad: criterio aplicable, por otro lado, bastante más allá de los casos propuestos por Guastini y Prieto (el conflicto entre la «presunción de no culpabilidad» y la previsión de la «prisión preventiva» en la Constitución italiana, o el conflicto entre la preferencia asignada en la Constitución española al varón sobre la mujer en la sucesión a la Corona de España, en derogación del principio de igualdad entre sexos). En efecto, no es necesario confundir la aplicabilidad de tal criterio con la opinabilidad en concreto, compartida por muchas reglas, de su aplicación, unida a su vez a la discrecionalidad de la interpretación entre los principios en conflicto (libertad personal y seguridad pública, libertad de expresión y derecho al honor, derecho de propiedad y tutela del medio ambiente y similares).

48. La noción de ‘constatación’ es pues bastante más extensa, como veremos en su momento, que la de «decisión judicial». Se puede más bien afirmar que, con el progreso tecnológico, están destinadas a aumentar las decisiones «técnicas» vinculadas, en cuanto a sus presupuestos, por actividades cognitivas de constatación expresadas por proposiciones asertivas, siempre, obviamente, opinables y probabilísticas como son todas las tesis empíricas.

49. H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., parte I, cap. X, A y B, pp. 133-135; Íd., *Teoría pura del derecho*, cit., § 34, c], pp. 205-208. Recuérdense también los pasajes de Kelsen referidos en las notas 16 y 33 del capítulo VIII. Sobre los problemas suscitados por las nociones de «estática» y «dinámica», cf. L. Gianformaggio (ed.), *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, Giappichelli, Torino, 1991, y la amplia bibliografía recogida en el apéndice; Íd., «Sul senso della giustificazione morale e giuridica», en L. Gianformaggio y E. Lecaldano (eds.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Laterza, Roma-Bari, 1986, pp. 156 ss.

50. Claudio Luzzati habla de «un momento estático también en los sistemas normativos dinámicos», «Dinamicità e certezza del diritto in Kelsen», en L. Gianformaggio (ed.), *Sistemi normativi statici e dinamici...*, cit., p. 181; Íd., *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, cap. I, pp. 30-38 y cap. III, pp. 228-235.

51. Como he mostrado en *Derecho y razón*, cit., cap. I, § 5.2, pp. 64-66, esta inferencia deductiva —(i) «Tizio ha cometido el hecho F», (ii) «el hecho F es el delito G», (iii) «Tizio ha cometido el delito G»— representa sólo el segundo de los tres silogismos en los que puede descomponerse el clásico silogismo judicial: siendo el primero la inferencia inductiva «Tizio ha cometido el hecho F» a partir de un determinado conjunto de pruebas, y el tercero una inferencia práctica cuyas premisas son la tesis formulada sobre la base de la inferencia deductiva «Tizio ha cometido el delito G» y la norma «quien cometa el delito G debe ser castigado a la pena P», cuya conclusión es la prescripción «Tizio debe ser castigado a la pena P». Todo esto quiere decir que una decisión judicial de condena, al igual que casi todas las demás decisiones, tiene un significado complejo, cuya no correspondencia con la norma aplicada puede referirse a esta o aquella parte de lo decidido y a esta o aquella parte de la norma: por ejemplo, sería una aplicación sustancial no correcta —y consiguientemente inválida— también la decisión que, perfectamente coherente en la inferencia deductiva, no lo fuera en la inferencia inductiva por incongruencia de las pruebas recogidas, o en el silogismo práctico en cuanto aplicase una pena distinta a la prevista por la parte sancionadora de la norma.

PODERES, DERECHOS Y GARANTÍAS

10.1. *Poderes, deberes, cargas*

Como se ha dicho en el § 6.1, la ciencia jurídica no ha elaborado una tipología sistemática de las situaciones, sino sólo una multiplicidad de clasificaciones heterogéneas, ligadas a los diferentes ámbitos doctrinales y entrelazadas y superpuestas de distintos modos: la teoría de los derechos subjetivos, que es a su vez un conglomerado de doctrinas diferentes —privatistas, procesalistas, constitucionalistas e internacionalistas; la teoría civilista de las obligaciones; las doctrinas penalistas del delito y de las correspondientes prohibiciones penales; las doctrinas políticas y las publicistas de la soberanía y de los poderes del Estado; las doctrinas administrativistas de las funciones administrativas y las procesalistas de las funciones judiciales; las teorías de la responsabilidad civil y las de la responsabilidad penal—. Incluso es probable que no resulte posible una clasificación unitaria y sistemática de las situaciones basada en distinciones exhaustivas y excluyentes. En cambio, es posible identificar los principales tipos de situaciones a partir de sus nexos estructurales con los distintos tipos de actos, identificados en el capítulo precedente, que son su actuación y/o su causa: de un lado, los poderes, deberes y derechos, sobre la base de los actos de los que son modalidades o expectativas; de otro, las responsabilidades, la anulabilidad y las demás formas de garantías, sobre la base de los actos de los que son efectos.

Por otra parte, es preciso recordar que ya disponemos de una gran división de las situaciones: la formulada en el § 6.9 entre *situaciones activas* y *situaciones pasivas* (T6.62). Ciertamente, esta distinción, aun siendo exhaustiva, no es alternativa, y no basta por tanto para fundar una verdadera tipología. En efecto, la mayor parte de las situaciones tienen una estructura molecular: piénsese, por ejemplo, en los derechos civiles y en el derecho de propiedad, que incluyen tanto facultades como expectativas negativas y que son por ello configurables ya como situaciones activas ya como situaciones pasivas. Lo que no impide que se pueda

asociar a estas dos categorías, bien que no siempre de manera excluyente, todas las situaciones jurídicas. Incluiré entre las situaciones activas los *poderes*, los *deberes* y las *cargas*. Configuraré en cambio como situaciones principalmente pasivas, aunque en algunos casos también activas, los *derechos subjetivos*, las distintas figuras de *responsabilidad* y también, como se ha dicho en el capítulo anterior (T9.224), la *anulabilidad*.

La distinción en el campo de las situaciones activas entre poderes, deberes y cargas, obviamente dentro del paradigma del estado de derecho, se basa en los distintos tipos de modalidades en que consisten, así como en los distintos tipos de actos que son su actuación. Identificaré los '*poderes*' con las situaciones activas producidas por decisiones y que, si no son constituyentes, consisten en la modalidad de actos preceptivos; los '*deberes*' con aquellas consistentes en la obligación o en la prohibición de simples actos; las '*cargas*' con las obligaciones obedecidas mediante actos instrumentales.

D10.1 '*Poder*' es la situación activa que, si no es constituyente, es producida por una decisión y que consiste en la modalidad de un acto preceptivo cuyos efectos se producen en la esfera jurídica de otros y cuya validez depende de su legitimidad.

$$(y1)(\text{POTy1} \equiv (\text{SIAY1} \cdot (\neg \text{COSy1} \rightarrow ((\exists x1)(\text{EFFy1x1} \cdot \text{DECx1y1}) \cdot \\ \text{M}(\exists x2)(\exists y2)(\exists z2)(\text{MODy1x2} \cdot \text{APRx2y2} \cdot \text{EFFy2x2} \cdot \text{IMPz2y2} \cdot \\ \neg \text{TITz2y1}) \cdot ((\exists x2)(\text{ATZx2y1} \cdot \text{VALx2}) \rightarrow \text{LGTy1}))))))$$

D10.2 '*Deber*' es la obligación o la prohibición de un acto.

$$(y)(x)(\text{DOVyx} \equiv ((\text{OBLyx} \vee \text{DIVyx}) \cdot \text{ATTx}))$$

D10.3 '*Carga*' es la obligación de un acto instrumental.

$$(y)(x)(\text{ONEyx} \equiv (\text{OBLyx} \cdot (\exists x'')\text{ASTxx}))$$

Poderes, deberes y cargas, aunque consistan todos en situaciones activas (T10.1), no son pues figuras simétricas. Mientras que '*deber*' puede ser modalidad de cualquier tipo de acto, tanto formal como informal, que sea obediencia o desobediencia de aquél (T10.2), el campo de los poderes —dejando al margen el poder constituyente, actuado por el acto constituyente que como sabemos es un acto informal (T9.30)— está constituido sólo por actos formales preceptivos (T10.3), y el de las cargas sólo por actos formales instrumentales (T10.4). Además, las tres figuras no se excluyen entre sí: pueden existir poderes que son también deberes, como por ejemplo el del juez de pronunciar una sentencia en una causa en la que es competente; deberes que son también cargas, como la de presentar una solicitud formal como condición para participar en un concurso; cargas que son también poderes, como el de emplazar en juicio a una persona para hacer valer un derecho propio. La modalidad de la obligación, en particular, está presente en cada una de las tres figu-

ras: no sólo en las cargas que son siempre obligaciones (T10.5) y en los deberes que son obligaciones positivas o negativas (T10.6), sino también en los poderes no constituyentes, que están siempre sometidos cuando menos a las obligaciones de forma predispuestas por las normas sobre la producción de las decisiones de las que traen causa y, sobre todo, de los actos preceptivos que son su actuación (T10.7). En fin, todas estas situaciones, al margen obviamente del poder constituyente, vienen sometidas, como por lo demás ya se dijo en las tesis T8.72 y T8.74, al principio de legitimidad (T10.8): concretamente, o son ellas mismas normas tético-deónticas, como las prohibiciones penales, los derechos fundamentales y las funciones de órganos públicos, o están predispuestas por normas hipotético-deónticas, como los derechos patrimoniales, las obligaciones civiles, las cargas y las funciones públicas imputadas a funcionarios (T10.9).

T10.1 (y)((POTy v DOVy v ONEy) → SIAy)

D6.3, D10.1, D10.2, D10.3, T2.17, T9.63, T9.13

T10.2 (y)(x)(DOVyx ≡ (MODyx · (OTTxy v INOxy) · ATTx))

D10.2, T2.17, T5.16, D2.7, D2.9, D2.10

T10.3 (y)((POTy · ¬COSy) → M(∃x)(MODyx · (∃y")APRxy")) D10.1

T10.4 (y)(x)(ONEyx → (MODyx · (∃x")ASTxx")) D10.3, T2.17

T10.5 (y)(ONEy → OBLy) D10.3

T10.6 (y)(x)(DOVyx → (OBLyx v OBLy⊥x)) D10.2, T2.46

T10.7 (y1)((POTy1 · ¬COSy1) → ((∃f1)(∃r1)(∃w1)(∃x1)(OSSf1r1 ·

OBLw1f1 · FORf1x1 · REGr1f1 · NFOR1x1 · DECx1y1 · EFFy1x1) ·

M(∃x2)(∃f2)(∃r2)(∃w2)(OSSf2r2 · OBLw2f2 · FORf2x2 · REGr2f1 ·

NFOR2x2 · MODy1x2 · (∃y2)APRx2y2 · ATZx2y1)))

D10.1, T10.3, T9.82, T9.59, D9.2, T9.20, D9.1, D9.11, D5.1, T5.16, D2.7

T10.8 (y)((POTy · ¬COSy) v DOVy v ONEy) → (NORy v ∃r)(NORr ·

REGry)) T10.1, D10.2, T10.5, T6.62, T6.80, T8.72

T10.9 (y)((POTy · ¬COSy) v DOVy v ONEy) → ((NTEy · NDEy) v

(∃r)(NIPr · NDEr · REGry) T10.1, D10.2, T10.5, T6.62, T6.80, T8.74

Por lo tanto, nuestras tres definiciones permiten sólo algunas sumarias correlaciones entre las situaciones por ellas definidas y los actos que son objeto de las mismas.

El primero y más importante orden de correlaciones se produce entre *poder*, *legitimidad* y *validez*. La legitimidad y la ilegitimidad (obviamente en sentido jurídico), al ser predicables sólo de los efectos de actos preceptivos (D9.26, D.27), no resultan aplicables al poder constituyente (T10.10), que no es efecto de ningún acto (T5.53), sino sólo a los poderes constituidos (T10.12), producidos por decisiones que pueden ser tanto válidas como inválidas pero que de un modo u otro consisten en la aplicación de alguna norma formal sobre su producción (T10.11). Concretamente, la validez de un acto supone siempre, como requisito de forma, la legitimidad del poder del que es ejercicio (T10.13); por consiguiente, cuando un poder no sea legítimo, es inválido el acto que

constituye su actuación (T10.14). Pero no es verdad lo contrario: un poder legítimo bien puede tener como ejercicio un acto inválido, cuya invalidez puede depender de otras razones, o sea de la violación de otras normas, formales o sustantivas, sobre su producción. De otro lado, como sabemos (D9.26, D9.27), los poderes legítimos son siempre, por definición, efectos de actos válidos (T10.15) y los ilegítimos de actos inválidos (T10.16). Validez y legitimidad de un lado, e invalidez e ilegitimidad de otro, resultan de tal modo conectadas por relaciones de implicación que están entre sí concatenadas, como veremos en el próximo párrafo (T10.37, T10.38), dando lugar a secuencias ascendentes y descendentes que han de servir para precisar ulteriormente la estructura, ya representada en los §§ 6.7 y 8.7, de la entera fenomenología del poder en el estado de derecho.

T10.10 (y)((POTy · COSy) → (¬LGTy · ¬ILGy)) T5.53, D9.26, D9.27

T10.11 (y)((POTy · ¬COSy) → (∃x)(EFFyx · DECxy · (VALx v INVx) ·

(∃r)(APLxr · NFORx))) D10.1, T9.82, T9.170, T9.241

T10.12 (y)((POTy · ¬COSy) → (LGTy v ILGy)) T10.11, D9.9, D9.26, D9.27

T10.13 (x)(VALx → (y)((POTy · ATZxy) → LGTy))

D10.1, T9.26, T9.170, P13, D2.7

T10.14 (x)(y)((AFOx · ATZxy · POTy · ¬LGTy) → INVx) T10.13, D9.20

T10.15 (y)((POTy · LGTy) → (∃x)(EFFyx · APRxy · VALx)) D9.26

T10.16 (y)((POTy · ILGy) → (∃x)(EFFyx · APRxy · INVx)) D9.27

El segundo orden de correlaciones se produce entre los *deberes* y la abigarrada fenomenología de la *obediencia* y de la *desobediencia*. Forman parte de esta fenomenología todos los actos informales diferenciados en el capítulo precedente: los actos ilícitos, incluidos los incumplimientos, que son siempre desobediencias a deberes y violaciones de las correspondientes expectativas negativas (T10.17), y los cumplimientos, que suponen siempre la obediencia a deberes y la satisfacción de las correspondientes expectativas positivas (T10.18). Pero se incluyen en general, como ya he indicado (T10.7), también los actos formales, vinculados a los deberes de forma establecidos por las normas formales sobre su formación (T10.19) y, si consisten en decisiones, sometidos a todas las normas sustantivas de grado supraordenado a cuya observancia está condicionada su validez sustancial (T10.20). Todos los actos, sean formales o informales, remiten en suma a deberes: los actos inválidos y los ilícitos en cuanto que desobediencias a los mismos (T10.21), sus obediencias en cuanto que actos válidos o cumplimientos (T10.22). De aquí deriva una tesis de la máxima importancia tanto para la teoría del derecho como para la teoría política: la *plena libertad*, como simple y pura facultad, no se ejerce jamás en el estado de derecho con actos jurídicos, sino sólo con meros comportamientos. En efecto, donde el ejercicio de un permiso consista en un acto jurídico y por tanto en la producción de efectos, debemos reconocer que aquella libertad es en realidad un poder, y como tal sujeto a límites y a vínculos normativos: ya se trate de un poder o

función pública, ya de un poder privado, como el que está presente, según veremos, en los derechos fundamentales de autonomía (T11.68, T11.76) y en general en los que llamaré derechos-potestad (D10.25).

- T10.17 (x)((ILLx v INAx) \rightarrow ((\exists y'')(INOxy'' \cdot DOVy''x) \cdot (\exists y')(VIOxy' \cdot ASPy' \perp x))) D10.2, T9.41, T9.44, T2.106
- T10.18 (x)(ADEx \rightarrow ((\exists y')(OTTxy' \cdot DOVy'x) \cdot (\exists y'')(SODxy'' \cdot ASPy''x))) D10.2, T9.39, T9.40
- T10.19 (x)(AFOx \rightarrow ((\exists f)(\exists r)(\exists w)(OSSfr \cdot OBLwf \cdot FORfx \cdot REGrf \cdot NFORx))) T9.20, D9.1, D9.11
- T10.20 (x)(y)(DECxy \rightarrow ((PERx \cdot VASx) \rightarrow (r)(OSSyr \cdot SIGyx \cdot REGry \cdot NSOrx \cdot GSOry))) T9.70, D9.12
- T10.21 (x)((ILLx v INVx) \rightarrow (\exists y)(INOxy \cdot DOVyx)) T10.17, T9.190, T9.191, D10.2
- T10.22 (x)((ATTx \cdot (y)(OTTxy \cdot DOVyx \cdot NDEyx)) \rightarrow (VALx v ADEx)) T9.164, T4.69, D4.10, D4.8, D2.9, T8.29, D9.5, D2.4, T9.13

El tercer orden de correlaciones se produce entre *cargas* y *actos instrumentales*. Los actos instrumentales suponen siempre obediencias de cargas (T10.23), las cuales consisten siempre en deberes (T10.24). Inversamente, los actos formales de obediencia de una carga son siempre actos instrumentales de un acto preceptivo (T10.25), del que condicionan la validez como ejercicio de un poder. Esto no impide que muchas cargas —cuando son producidas válidamente y destinadas a ser actadas por actos instrumentales consistentes a su vez en actos preceptivos que interfieran en la esfera jurídica de otros— sean también poderes (T10.26). Es más, se puede afirmar que el ejercicio de la mayor parte de los poderes requiere el concurso de múltiples decisiones instrumentales en actuación de otras tantas cargas-poderes. Por ejemplo, según la Constitución italiana, el ejercicio de la función legislativa es el resultado de un procedimiento formado por una pluralidad de decisiones, tomadas por distintos sujetos en el ejercicio de otros tantos poderes y correspondientes a otros tantos requisitos de forma de la decisión legislativa: la proposición de ley por parte de un parlamentario, del gobierno o de cincuenta mil electores; la aprobación por mayoría de cada una de las Cámaras, que es a su vez un acto colectivo resultante del conjunto de votos de los parlamentarios; la promulgación por parte del presidente de la República; la publicación en la *Gaceta Oficial*. Análogamente, la elección de un órgano colegial, como es por ejemplo el Parlamento, es un acto colectivo resultante de tantos actos instrumentales y preceptivos cuantas son las manifestaciones de voto de los electores en el ejercicio de su derecho de sufragio. Hasta un acto simple pero bilateral como el contrato supone la carga-poder de actos instrumentales y al mismo tiempo preceptivos, como son la propuesta y aceptación de los particulares contratantes¹. En suma, cargas y poderes están siempre conectados entre sí, las primeras como modalidades de los actos instrumentales exigidos, como requisitos de forma, para el ejercicio de los segundos.

- T10.23 $(x)(x'')(AST_{xx''} \rightarrow (\exists y)(OTT_{xy} \cdot ONE_{yx}))$
D10.3, D9.8, T9.3, T9.16, T2.80, D2.9
- T10.24 $(y)(x)(ONE_{yx} \rightarrow DOV_{yx})$
D10.3, D10.2, D9.8, T9.13
- T10.25 $(x)((AFO_x \cdot (\exists y)(OTT_{xy} \cdot ONE_{yx})) \rightarrow (\exists x'')(AST_{xx''} \cdot (\exists y')APR_{x''y'}))$
D10.3, T9.62
- T10.26 $(y)(x)(x')((ONE_{yx} \cdot EFF_{yx'} \cdot DEC_{x'y} \cdot VAL_{x'}) \rightarrow ((OTT_{xy} \cdot (\exists x'')AST_{xx''} \cdot (\exists y'')APR_{xy''} \cdot EFF_{y''x} \cdot TIT_{zy''} \cdot \neg TIT_{z''y}) \rightarrow POT_{\bar{y}}))$
D10.1, T10.1, D10.3, T2.17, D9.26, T9.77, T9.67

Así pues, disponemos de tres órdenes de conceptos —el poder, el deber y la figura intermedia de la carga, o sea, del deber inherente al poder— a los que son reconducibles, mediante las oportunas distinciones, todas las situaciones activas. En particular, los *poderes* serán clasificados en poderes decisionales y poderes constitutivos, según sean ejercidos por decisiones o por actos constitutivos; en potestades y funciones, según que su ejercicio esté permitido en interés propio o sólo en el de otros; en poderes públicos, en distinta medida discrecionales o vinculados, y poderes privados consistentes en derechos subjetivos de potestad, según que sean actuados mediante disposiciones públicas o por actos de autonomía privada. Los *deberes*, por el contrario, se distinguirán, según los tipos de actos de los que son efectos o de los que son su actuación o no actuación, en obligaciones civiles, de naturaleza contractual o extracontractual, en obligaciones conectadas a funciones públicas, en cargas de actos instrumentales y, por otro lado, en los distintos tipos de prohibiciones, sean penales, civiles o administrativas. Las *cargas*, en fin, serán analizadas, de un lado, en cuanto deberes y, de otro, en cuanto que conectadas a los poderes de cuyo ejercicio condicionan la vigencia y la validez.

La primera mitad de este capítulo estará dedicada al análisis de estas tres situaciones activas. En particular, será desarrollada una teoría del poder en el estado de derecho: de sus límites y vínculos, de sus distintas figuras, de su organización dentro del ordenamiento jurídico. La segunda mitad tratará en cambio de las situaciones predominantemente pasivas. En ella se desarrollará, en particular, una teoría y una tipología de los derechos subjetivos y de las correlativas garantías: de las garantías ‘primarias’, que identificaré con las correspondientes situaciones activas de obligación y prohibición, y de las ‘secundarias’, que identificaré con las situaciones activas consistentes en la obligación de constatar y de actuar la anulabilidad y la responsabilidad.

10.2. La estructura del poder en el estado de derecho

En el estado de derecho, de todas las situaciones activas el poder es indudablemente la más compleja y problemática. Evidentemente, se trata de un poder muy diferente a los poderes informales o de hecho, como son los poderes culturales, religiosos, afectivos o de cualquier modo extra-legales y hasta ilegales. Frente a esos poderes desregulados, los poderes

jurídicos se caracterizan, de acuerdo con la definición D10.1, por dos elementos. Ante todo, y al margen de la figura enteramente singular del poder constituyente, son siempre efectos de decisiones de cuya validez, determinada por su conformidad y coherencia con las normas formales y sustantivas sobre su producción (D9.17, T9.251), depende su legitimidad (T10.15, T10.16). En segundo lugar, consisten siempre en modalidades de cuya legitimidad depende la validez de los actos preceptivos que son su actuación (T10.13, T10.14), condicionada a su vez, en la producción de efectos legítimos en la esfera jurídica de otros, por la observancia de las normas formales y sustantivas sobre su producción (D9.17). Se comprende por ello cómo la elaboración de las normas que regulan sus causas así como de las que regulan las formas y contenidos de su ejercicio, a fin de frenar la vocación a acumularse en formas absolutas y virtualmente arbitrarias, constituye desde siempre el problema fundamental de toda teoría racional y garantista del derecho y de la democracia. En efecto, la alternativa entre poder regulado y poder desregulado equivale a la clásica alternativa entre «gobierno de las leyes» y «gobierno de los hombres», caracterizados por Aristóteles el primero como «razón» y el segundo como «bestia», «pues no otra cosa es el apetito, y la pasión pervierte a los gobernantes y a los mejores de los hombres»².

De aquí la necesidad de reconocer como poderes legítimos sólo a los conferidos por decisiones válidas tanto formal como sustancialmente y, al mismo tiempo, de someter su ejercicio a los vínculos de forma y de sustancia que he analizado en el capítulo precedente como condiciones de la vigencia y de la validez, tanto formal como sustancial. Como dijera Montesquieu, «c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites»³. Es precisamente la estipulación de estos límites el objetivo y el rasgo característico del *estado de derecho*, que por ello puede ser caracterizado —en sus dos sentidos, *débil* y *forte*, distinguidos en los §§ 9.1 y 9.17— como un sistema de normas, formales y sustantivas, dirigidas a la *minimización del poder* y al mismo tiempo a la fundamentación, respectivamente, de su *legitimación formal* y de su *legitimación sustancial*.

Estas normas sobre la producción tanto de los actos de los que traen causa como de aquellos otros que constituyen su ejercicio confieren por tanto al poder en el estado de derecho una particular complejidad. Frente a lo que sucede con los poderes de hecho, el poder de derecho —excepción hecha obviamente de la situación constituyente, que de acuerdo con nuestra definición D10.1 es también un poder (T10.27)— es siempre el efecto de una decisión que, incluso si es inválida, representa en todo caso la aplicación de alguna norma formal sobre su producción (T10.11). Además, a diferencia de los derechos activos de libertad, que como mostraré en su momento son facultades (T11.57) cuyo ejercicio consiste en meros comportamientos, el poder no representa una simple *facultas agendi*, sino una *potestas agendi*, cuyo ejercicio consiste en actos preceptivos productores de efectos, de acuerdo con la voluntad de sus

titulares, en la esfera jurídica de los demás. Éste es precisamente el rasgo característico de todo poder jurídico, sea público o privado: el hecho de que existe siempre algún sujeto, distinto de su titular, al que, por causa del acto preceptivo del que dicho poder es modalidad, se le imputan (tal vez incluso con su concurso) los efectos jurídicos producidos (T10.28).

T10.27 $(y)((SIAy \cdot COSy) \rightarrow POTy)$ D10.1

T10.28 $(y)((POTy \cdot \neg COSy) \rightarrow (SIAy \cdot M(\exists x)(\exists y'')(\exists z)(MODyx \cdot APRxy'' \cdot EFFy''x \cdot IMPzy'' \cdot \neg TITzy)))$ D10.1

En esta característica reside la diferencia entre libertad y poder, no interfiriendo la primera en la libertad de otros, y el segundo haciéndolo inevitablemente. Es una diferencia de enorme relevancia teórica, por lo común ignorada, como veremos más adelante, por la configuración como libertades de aquellos específicos poderes que son los derechos patrimoniales y los civiles de autonomía. Contrariamente a las libertades, cuyo ejercicio carece de relevancia jurídica en la esfera de otros sujetos, todos los poderes se caracterizan por los efectos jurídicos, consistentes habitualmente en situaciones, que su ejercicio tiene en la esfera jurídica de los demás⁴. Por eso su actuación aparece de distinto modo vinculada —a veces en el *an* y en todo caso en el *quomodo* y en el *quid*— por obligaciones y prohibiciones de la más variada naturaleza.

En cuanto al *an* del ejercicio, algunas veces, tal es el caso de los poderes que en el § 10.3 llamaré ‘potestades’ (D10.7) como son típicamente los derechos de autonomía (T11.58), el poder de tomar una decisión (por ejemplo, de concluir un contrato) es efectivamente una facultad. Pero otras veces, como en el caso de las que llamaré ‘funciones’, constituye una obligación o cuando menos aparece asociado a obligaciones en relación con los sujetos en cuyo interés se ejerce (D10.6, T10.57). Incluso, respecto a los actos inválidos con que de hecho también es a veces ejercido, representa una prohibición, dado que sólo respecto a su válido ejercicio es posible hablar de él como de un permiso (T10.29). Además, en todos los casos, el ejercicio del poder, incluso cuando se trata de una potestad, está siempre sometido a obligaciones de forma relativas al *quomodo*, como son las impuestas por las normas formales sobre la formación de los actos preceptivos (T10.7). En fin, el significado de tales actos —cuando no está por completo predeterminado por normas hipotético-constitutivas como en el caso de los actos constitutivos no normativos (T9.76)— se halla siempre sometido a prohibiciones y a veces a obligaciones relativas al *quid* de las decisiones tomadas, como las impuestas por las normas sustantivas sobre su producción: por las normas constitucionales y por los principios y derechos en ellas establecidos cuando se trata de leyes ordinarias; por normas legislativas cuando se trata de decisiones de otro tipo subordinadas a las mismas. En otras palabras, en el estado de derecho los poderes nunca son «absolutos». No son jamás facultades de decidir en cualquier caso, de cualquier forma y

cualquier cosa. Son siempre situaciones moleculares complejas, que tienen por objeto, no cualquier acto, sino sólo los tipos de actos preceptivos previstos y regulados, en cuanto a su forma y contenido, por normas formales y sustantivas sobre su producción (T10.30).

T10.29 $(y)(\text{POTy} \rightarrow (x)((\text{PEMyx} \cdot (\exists y'')\text{APRxy}'') \rightarrow \text{VALx}) \cdot ((\text{ESExy} \cdot \text{MODyx} \cdot \text{INVx}) \rightarrow \text{DIVyx})))$ T9.185, D2.5, T2.18, T9.59, D9.20

T10.30 $(y')((\text{POTy}' \cdot \neg \text{COSy}') \rightarrow (M(\exists x)((\text{MODy}'x \cdot (\exists y'')\text{APRxy}'') \cdot (\exists f)(\exists r)(\text{FORfx} \cdot \text{OSSfr} \cdot \text{OBBf} \cdot \text{NFORx})) \cdot (x)(y'')((\text{DECxy}'' \cdot \text{ESExy}') \rightarrow (\text{PERx} \rightarrow (r)(\text{SIGy}''x \cdot \text{OSSy}''r \cdot \text{NSORx}))))))$ T10.3, T9.59, T9.20, T9.105, T9.95

¿Cómo se explica y cómo se expresa, sin incurrir en aporías o en antinomias, esta complejidad del poder? ¿Cómo se concilia la concurrencia de facultades, obligaciones y prohibiciones, que es el rasgo característico de todos los poderes en el estado de derecho, con la incompatibilidad de estas tres modalidades enunciada en nuestras tesis T2.10-T2.12? Se explica, e incluso se impone —a partir del largo análisis desarrollado en el capítulo precedente—, con la correlativa complejidad estructural de los actos preceptivos que son causa del poder y, sobre todo, de aquellos que constituyen su ejercicio, así como de las normas formales y sustantivas que regulan, por un lado, las formas y, por otro, los significados de unos y otros.

He podido expresar esta complejidad estructural del poder configurando, en la tesis T10.30, el *an*, el *quomodo* y el *quid* de los actos preceptivos mediante los que se ejerce ese poder como objetos distintos de otras tantas modalidades relativas, respectivamente, al acto mismo, a su forma y a su significado. De este modo, he mostrado que el poder supone un permiso de los actos preceptivos que son su ejercicio en la medida en que éstos sean válidos, mientras que es una prohibición cuando sean inválidos (T10.29). Habiéndolo definido como modalidad de actos preceptivos (T10.3), he reclamado además implícitamente, en su connotación, las obligaciones de forma que condicionan en cierta medida la vigencia de tales actos (T9.142) y en cierta medida la validez formal (T9.153). Finalmente, habiendo distinguido los actos preceptivos en actos constitutivos y en decisiones, implícitamente he sostenido el carácter normativamente predeterminado del significado de los primeros (T9.76) y los vínculos de significado (T9.95) que condicionan, como obligaciones o prohibiciones, la validez sustancial de las segundas (T9.155). Facultades, obligaciones y prohibiciones concurren en suma en la fenomenología del poder jurídico justamente porque tienen objetos diferentes: el propio *acto* preceptivo, cuya realización puede ser, según los casos, facultativa u obligatoria e incluso prohibida; su *forma*, que es siempre objeto de obligaciones de conformidad o de correlativas prohibiciones de disconformidad; su *significado* o contenido que, cuando no tiene por completo un estatus normativamente preestablecido, es siem-

pre objeto de obligaciones de coherencia y por tanto de prohibiciones de incoherencia.

De aquí se sigue una correlativa complejidad del *principio de legitimidad del poder* en el estado de derecho. En virtud de este principio, todos los poderes, excepto naturalmente el poder constituyente, están al mismo tiempo *basados en* normas y *vinculados por* normas. Por un lado, suponen normas, formales y sustantivas, sobre la producción de las decisiones de las que son efectos (T10.31). Por otro lado, suponen normas, formales y sustantivas, sobre la producción de los actos preceptivos, y en particular de las decisiones, de los que son modalidades (T10.32). Su fundamentación en normas que regulan sus causas es el rasgo característico del *derecho positivo*, que no admite (salvo el poder constituyente) poderes jurídicos naturales sino sólo poderes conferidos por normas. Su subordinación a las normas, tanto formales como sustantivas, que regulan su actuación es en cambio el rasgo característico del *estado de derecho*, que no admite poderes «absolutos» o *extra legem* sino sólo poderes normativamente regulados o *sub lege*.

$$\begin{aligned} \text{T10.31 } (y)((\text{POTy} \cdot \neg \text{COSy}) \rightarrow (\exists x1)((\exists r)(\exists f)(\text{NFORx1} \cdot \text{REGrf} \cdot \text{FORfx1}) \cdot \\ (\exists r)(\text{NSOrx1} \cdot \text{REGry} \cdot \text{SIGyx1}) \cdot \text{DECx1y} \cdot \text{EFFyx1})) \\ \text{T10.11, T9.92, T9.93, T9.82} \\ \text{T10.32 } (y)(x2)(y2)((\text{POTy} \cdot \text{ESEx2y} \cdot \text{DECx2y2}) \rightarrow ((\exists r)(\exists f)(\text{NFORx2} \cdot \\ \text{REGrf} \cdot \text{FORfx2}) \cdot (\exists r)(\text{NSOrx2} \cdot \text{REGry2} \cdot \text{SIGy2x2}))) \\ \text{T9.92, T9.93, T9.82} \end{aligned}$$

Por tanto, mientras que la inobservancia de las normas sobre la producción de las decisiones comporta la *ilegitimidad* de los poderes que son sus efectos (T10.33, T10.34), formal o sustancial según el carácter formal o sustantivo de las normas violadas, la inobservancia de las normas sobre la producción de los actos formales y de las decisiones que son ejercicio de los poderes comporta la *invalidéz* de los actos producidos, también formal o sustancial según el carácter formal o sustantivo de las normas a su vez violadas por éstos (T10.35, T10.36).

$$\begin{aligned} \text{T10.33 } (y)(x)(f)(r)((\text{POTy} \cdot \text{EFFyx} \cdot \text{DECxy} \cdot \text{FORfx} \cdot \text{IOSfr} \cdot \text{NFORx}) \rightarrow \\ \text{ILFy}) \quad \text{T9.193, T9.82, D9.29, T9.77, T9.67} \\ \text{T10.34 } (y)(x)(r)((\text{POTy} \cdot \text{EFFyx} \cdot \text{DECxy} \cdot \text{SIGyx} \cdot \text{IOSyr} \cdot \text{NSOrx}) \rightarrow \text{ILSy}) \\ \text{T9.194, D9.31} \\ \text{T10.35 } (x)(y)(f)(r)((\text{AFOX} \cdot \text{ESExy} \cdot \text{POTy} \cdot \text{FORfx} \cdot \text{IOSfr} \cdot \text{NFORx}) \rightarrow \text{IVFx}) \\ \text{T9.193} \\ \text{T10.36 } (x)(y''')(r)((\text{DECxy}'' \cdot (\exists y')(\text{ESExy}' \cdot \text{POTy}') \cdot \text{SIGy}''x \cdot \text{IOSy}''r \cdot \\ \text{NSOrx}) \rightarrow \text{IVSx}) \quad \text{T9.194} \end{aligned}$$

De cualquier forma, en el estado de derecho se excluye toda presunción de legitimidad del poder, así como se excluye también toda presunción de validez de los actos preceptivos que son su causa o ejercicio. Un acto preceptivo válido, se ha dicho, supone la legitimidad del

poder del que es actuación (T10.13) como requisito de forma impuesto por las normas formales sobre su producción. Y un poder legítimo supone a su vez la validez del acto preceptivo del que es efecto (T10.15). Pero no es verdad que un poder legítimo suponga la validez del acto preceptivo que constituye su ejercicio, ni por tanto la legitimidad de los poderes que son efecto del mismo.

Podemos por ello proporcionar dos ulteriores connotaciones y articulaciones de las redes de situaciones y de actos y, por otro lado, de normas y de fuentes mediante las que en los §§ 6.7 y 8.7 he representado la estructura de los ordenamientos y al mismo tiempo los itinerarios de la comunicación jurídica. Así, precisando las secuencias formuladas en las tesis T6.48-T6.51 y T8.81-T8.84, tendremos una secuencia ascendente de poderes legítimos y de actos válidos: los poderes legítimos son efectos de actos válidos, que son ejercicio de poderes legítimos, que son efectos de actos válidos, que son ejercicio de poderes legítimos y así sucesivamente (T10.37) hasta llegar al acto constituyente. Por ejemplo, el poder de venta sobre un bien es el efecto de un título de propiedad válido, adquirido a su vez de un propietario legítimo por efecto de un título a su vez válido y así sucesivamente; el poder-deber de ejecutar una pena es el efecto de una sentencia de condena válida porque ha sido emitida por un juez legítimo, en virtud de una ley válida a su vez emitida por un parlamento legítimo. En cambio, no vale, si no eventualmente y en parte, la secuencia descendente: un poder legítimo bien puede ser ejercido mediante un acto preceptivo inválido, y un acto preceptivo válido puede también no producir ningún poder, sino eventualmente deberes, expectativas o estatus, en todo caso legítimos (T9.208, T9.209, T9.212).

$$\begin{aligned} \text{T10.37 } (y4) & (((\text{POTy4} \cdot \text{LGTy4}) \rightarrow (\exists x3)(\text{EFFy4x3} \cdot \text{APRx3y4} \cdot \text{VALx3}))) \cdot \\ & (y3)(x3) (((\text{POTy3} \cdot \text{MODy3x3} \cdot \text{VALx3}) \rightarrow (\text{POTy3} \cdot \text{LGTy3})) \cdot \\ & ((\text{POTy3} \cdot \text{LGTy3}) \rightarrow (\exists x2)(\text{EFFy3x2} \cdot \text{APRx2y3} \cdot \text{VALx2}))) \cdot \\ & (y2)(x2) (((\text{POTy2} \cdot \text{MODy2x2} \cdot \text{VALx2}) \rightarrow (\text{POTy2} \cdot \text{LGTy2})) \cdot \\ & ((\text{POTy2} \cdot \text{LGTy2}) \rightarrow (\exists x1)(\text{EFFy2x1} \cdot \text{APRx1y2} \cdot \text{VALx1}))) \cdot \\ & (y1)(x2) ((\text{POTy1} \cdot \text{MODy1x2} \cdot \text{VALx2}) \rightarrow (\text{POTy1} \cdot \text{LGTy1})))) \end{aligned}$$

T10.15, T10.13, T9.170, T9.16, D2.7

Inversamente, puesto que un poder ilegítimo es siempre el efecto de un acto preceptivo inválido (T10.16), y puesto que es inválido el acto preceptivo que constituye su posible ejercicio (T10.14), tendremos también una secuencia descendente de poderes ilegítimos y de actos preceptivos inválidos: un poder ilegítimo tiene siempre como posible actuación un acto inválido, cuyo efecto, si es un poder, es un poder ilegítimo, que a su vez tiene como posible actuación un acto inválido, y así sucesivamente (T10.38). Por ejemplo, un poder administrativo con vicio de incompetencia genera la invalidez del acto que constituye su ejercicio, que a su vez produce efectos ilegítimos. Y aquí tampoco vale, sino eventualmente y en parte, la opuesta secuencia ascendente: si es verdad que un po-

der ilegítimo es siempre efecto de un acto preceptivo inválido, un acto preceptivo inválido bien puede representar el ejercicio, en contraste con otras normas sobre la producción, de un poder legítimo.

T10.38 $(x1)(y1)(y2)((APRx1y2 \cdot ATZx1y1 \cdot POTy1 \cdot \neg LGTy1) \rightarrow$
 $(APRx1y2 \cdot INVx1)) \cdot ((EFFy2x1 \cdot APRx1y2 \cdot INVx1 \cdot POTy2) \rightarrow$
 $(POTy2 \cdot ILGy2)) \cdot (x2)(y3)((APRx2y3 \cdot ATZx2y2 \cdot POTy2 \cdot \neg LGTy2) \rightarrow$
 $(APRx2y3 \cdot INVx2)) \cdot ((EFFy3x2 \cdot APRx2y3 \cdot INVx2 \cdot POTy3) \rightarrow$
 $(POTy3 \cdot ILGy3)) \cdot (x3)(y4)((APRx3y4 \cdot ATZx3y3 \cdot POTy3 \cdot \neg LGTy3) \rightarrow$
 $(APRx3y4 \cdot INVx3)) \cdot ((EFFy4x3 \cdot APRx3y4 \cdot INVx3 \cdot POTy3) \rightarrow$
 $(POTy3 \cdot ILGy3)))$ T10.14, D9.27, T9.60

Todo esto no excluye que un acto inválido, después de estar vigente y por tanto de producir efectos siquiera ilegítimos, pueda ser sanado. Es lo que sucede con muchos vicios de actos preceptivos previstos justamente como sanables o convalidables, sobre la base de específicas normas sobre la producción inspiradas por un principio general de conservación del derecho vigente. En tal caso, de aquí se sigue que los poderes generados por tales actos devengan legítimos en presencia de las condiciones establecidas por las normas sobre su sanación. Sin embargo, no es la teoría sino la legislación la que está en condiciones de establecer cuándo la ilegitimidad de un poder por invalidez de su causa comporta una invalidez sanable o insanable de los actos que son su ejercicio, con la consiguiente legitimación o no de las situaciones que a su vez son sus efectos. La teoría, como he dicho más de una vez, puede sólo auspiciar, para la tutela de la certeza del derecho, que éste disponga no sólo de garantías lo más efectivas posibles en orden a eliminar los actos inválidos y los poderes ilegítimos, sino también de normas que distingan con relativa claridad los vicios de los actos inválidos que resultan sanables de aquellos que no lo son, a fin de que sean seguras la legitimidad o la ilegitimidad de los poderes que son sus efectos⁵.

10.3. *Poderes constitutivos y poderes decisionales.* *Potestades y funciones*

Propongo ahora dos grandes distinciones entre los poderes: la primera en relación con el tipo de actos que constituyen su actuación; la segunda relativa al tipo de intereses para cuya defensa aquéllos se han conferido.

La primera distinción reproduce las que formulamos de los preceptos en preceptos constitutivos y deónticos (D4.5, D4.4, T4.25), de las normas en normas constitutivas y deónticas (D8.6, D8.5, T8.26) y, más específicamente, de los actos preceptivos en constitutivos y decisionales (D9.10, D9.9, T9.77): dotados los primeros de significados consistentes en estatus jurídicos (D9.10) dispuestos o pre-dispuestos normativamente (T9.73), y los segundos de significados consistentes en normas o en situaciones y decididos por sus autores, siempre dentro del respeto a las

normas sustantivas sobre su producción (D9.9). Esta diferencia de estructura se refleja evidentemente sobre los poderes de los que tales actos son ejercicio y sobre la naturaleza de las normas que regulan su eficacia. Distinguiré pues entre '*poderes constitutivos*', cuyo ejercicio es un acto constitutivo, y '*poderes decisionales*', cuyo ejercicio es una decisión.

D10.4 '*Poder constitutivo*' es el poder no constituyente de realizar actos constitutivos.

$$(y)(PCSy \equiv (POTy \cdot \neg COSy \cdot M(\exists x)(MODyx \cdot (\exists y')ACoxy'))))$$

D10.5 '*Poder decisional*' es el poder no constituyente de realizar actos decisionales.

$$(y)(PDCy \equiv (POTy \cdot \neg COSy \cdot M(\exists x)(MODyx \cdot (\exists y')DECxy'))))$$

Es evidente la diferencia de estructura entre estos dos tipos de poder. Los poderes del primer tipo, salvo en el caso de que sean ejercidos mediante decisiones constitutivas (T9.74), se agotan en el poder de decidir la realización del acto preceptivo, cuyo significado es un estatus enteramente predeterminado por las normas: el matrimonio, por ejemplo, es decidido por los cónyuges en el sentido de que a ellos se confiere la facultad de decidir su celebración, pero no también, en la mayor parte de los ordenamientos, en el sentido de que puedan decidir asimismo sus efectos que, en cambio, vienen preconstituidos por las normas hipotéticas sobre el matrimonio; lo mismo cabe decir de una notificación o de una certificación, que igualmente sólo pueden producir los efectos normativamente conectados a las mismas. Los poderes del segundo tipo, en cambio, consisten en el poder de decidir no sólo el acto sino también las situaciones o las normas, ya sean deónticas o constitutivas, que constituyen sus efectos y su significado, siempre en el *respeto* o en *aplicación* de las normas sustantivas sobre su producción. Un contrato, por ejemplo, es autónomamente decidido por quienes lo concluyen no sólo en cuanto a su realización, sino también en lo relativo al contenido, salvo el respeto a la prohibición de causa ilícita. Otro tanto puede decirse de una ley, cuyo contenido normativo viene decidido por el legislador dentro del respeto a los límites impuestos por la constitución. Hasta los actos jurisdiccionales requieren una decisión del contenido, aunque sea en aplicación de las normas sustantivas sobre su producción: por ejemplo, el contenido de una sentencia penal, a pesar de estar vinculado por la taxativa predeterminación legal de las figuras de delito, es también siempre decidido por el juez.

Paralelamente a cuanto se ha dicho para la distinción de los actos preceptivos en actos constitutivos y decisiones (T9.77), tampoco la distinción entre poderes constitutivos y poderes decisionales (T10.39) es una distinción alternativa. En efecto, los dos tipos de poder no se excluyen entre sí. Existen poderes constitutivos que son también decisionales,

como los poderes actuados por las que en el § 9.6 he llamado decisiones constitutivas (T9.74). El poder de establecer las condiciones de admisión a un concurso público, por ejemplo, es ciertamente un poder constitutivo, al ser la convocatoria del concurso mediante la que el mismo es ejercido un acto constitutivo del estatus de posible candidato; pero es también un poder decisional, dado que las condiciones de admisión consisten en normas constitutivas decididas por la propia convocatoria y no están por tanto preconstituidas sino sólo vinculadas por las respectivas normas sustantivas sobre la producción (T10.40): tanto es así que la convocatoria bien puede resultar no sólo formal sino también sustancialmente inválida por violación, por ejemplo, del principio de igualdad o de otras normas sustantivas superiores.

T10.39 $(y)((PDCy \vee PCSy) \rightarrow PDTy \cdot \neg COSy)$ D10.4, D10.5
 T10.40 $(y)((POTy \cdot \neg COSy \cdot ESExy \cdot APRxy \cdot PCOx \cdot CAUxy \cdot SIGyx \cdot$
 $NTEy \cdot NCOy \cdot STGyz \cdot \neg SITy \cdot SGGz \cdot (PERx \rightarrow (r)(SIGyx \cdot OSSyr \cdot$
 $NDErx \cdot REGrx \cdot REGry \cdot GSOry))) \rightarrow (PCSy \cdot PDCy))$
 D10.4, D10.5, T9.79, D2.8, D2.3

Hay además situaciones más complejas en las que concurren, aunque permaneciendo diferenciados, tanto un poder constitutivo como un poder decisional. Piénsese, por ejemplo, en el poder de constituir una persona artificial y, por otro lado, de decidir lo que en el § 10.9 llamaré su ‘estatuto’, o sea, la norma de reconocimiento de su ordenamiento y al propio tiempo la razón social determinada por los intereses y expectativas a cuya satisfacción aquélla está orientada. El análisis de la estructura de tales poderes sugiere que, en realidad, nos encontramos ante dos poderes distintos: un poder constitutivo que se ejerce mediante el acto institutivo, por ejemplo, de una sociedad mercantil, que da vida a una persona jurídica con todo lo que la personalidad normativamente comporta y, conjuntamente, un poder decisional que se ejerce mediante la decisión que establece su estatuto societario, o sea, las normas que, por una parte, regulan el funcionamiento de sus órganos y que, por otra parte, establecen las expectativas a cuya satisfacción está confiada la realización de su razón social. No entra en cambio en ninguna de nuestras dos clases el poder constituyente, cuyo ejercicio es el acto constituyente que, como he señalado (T9.30) y como mejor se verá en el capítulo XII, no es siquiera un acto formalmente preceptivo, sino un acto informal (T12.43), aun siendo constitutivo de las instituciones estatales y de las demás instituciones políticas originarias y, al mismo tiempo, decisional de las normas constitucionales que determinan las normas de reconocimiento y la razón social de la institución establecida.

La diferencia estructural entre poderes constitutivos y poderes decisionales se refleja también en la diferente estructura de las normas sobre la producción de los actos a través de los que son ejercidos. Mientras que el ejercicio válido de un poder sólo constitutivo, al consistir en un acto

constitutivo (por ejemplo, un matrimonio o una notificación) cuyo significado está normativa e hipotéticamente preconstituido, viene sometido sólo a normas *formales* que vinculan el *quomodo* y en algunos casos el *an* a condiciones de validez formal (T10.41, T10.42), el válido ejercicio de un poder decisonal, al consistir en una decisión también sobre el significado, está sometido, como se ha dicho en el párrafo que precede (T10.20, T10.31) también a normas *sustantivas* que vinculan el *quid*, o sea, el contenido, requiriendo su coherencia con las mismas (T10.43) y por tanto su validez sustancial además de formal (T10.44).

T10.41 $(x)(y)((AFOx \cdot ESExy \cdot PCSy \cdot \neg PDCy) \rightarrow (VALx \equiv VAFx))$

D10.4, D10.5, T9.159, D2.8, D2.17

T10.42 $(x)(y)((VALx \cdot ESExy \cdot PCSy \cdot \neg PDCy) \rightarrow (f)(r)(FORfx \rightarrow (COFfr \cdot NFORx)))$

T10.41, T9.170, T9.150

T10.43 $(x)(y)((VALx \cdot ESExy \cdot PDCy) \rightarrow (r)((f)(FORfx \rightarrow (COFfr \cdot NFORx)) \cdot (\exists y')(NSOrx \rightarrow (SIGy'x \cdot COEy'r))))$

D9.17

T10.44 $(x)(y)((VALx \cdot (\exists y')DECxy' \cdot ESExy \cdot PDCy) \rightarrow (VAFx \cdot VASx))$ T9.158

Resumiendo, un acto preceptivo válido, *a*) es siempre obligatorio en cuanto a la forma (o al *quomodo*), *b*) puede ser facultativo u obligatorio en cuanto a su realización (o al *an*) y *c*) puede ser, en cuanto al significado (o al *quid*), predeterminado, cuando se trata de un acto constitutivo, y obligatorio o facultativo, cuando se trata de una decisión. Recordando las definiciones de ‘respeto’ y de ‘aplicación formal’ y ‘sustancial’ formuladas en el § 9.15, diremos que en los vínculos del primer tipo reside el carácter en todo caso *formal* del poder, que en los sistemas de derecho positivo se ejerce siempre mediante la *aplicación (formal)* de las normas formales que regulan su ejercicio. En los vínculos del segundo y del tercer tipo reside en cambio el grado de su sujeción también *sustancial* a la ley en el estado de derecho. Bajo este segundo aspecto, los poderes decisonales se dividirán por tanto en *poderes vinculados* como son las funciones de garantía, *poderes discrecionales* como son las funciones de gobierno, y *poderes autónomos* como son las potestades privadas. Concretamente, los actos preceptivos que ejercen poderes vinculados consisten en la *aplicación (sustancial)* de las normas sustantivas sobre su producción, mientras que los que ejercen poderes autónomos o discrecionales requieren solamente su *respeto*.

Las razones de esta distinta fenomenología de los límites y de los vínculos impuestos en el estado de derecho al ejercicio de los poderes decisonales residen en los diferentes tipos de intereses —propios o ajenos, privados o públicos, individuales o generales— en atención a los que son establecidos. Como se verá sobre todo en la parte cuarta, a esas razones corresponden fuentes y criterios de legitimación política diferentes, según distintos tipos de poder que permiten justificar: privados o públicos, autónomos o representativos, legislativos, administrativos o judiciales. Pero una primera, fundamental razón, puede ser ofrecida desde ahora por nuestra segunda y elemental distinción entre los poderes: po-

deres conferidos en interés de sus propios titulares y poderes conferidos en función de los intereses de otros. Existen en interés de sus titulares todos los poderes consistentes en derechos subjetivos, y específicamente en los que llamaré ‘derechos-potestad’ (D10.25), como los derechos civiles y políticos de autonomía y los derechos patrimoniales activos. Existen en cambio para el interés de otros todos los poderes conferidos institucionalmente a personas jurídicas en actuación de su razón social, a personas naturales en razón de su representación jurídica, sea ésta voluntaria o necesaria, o a sujetos encargados de actividades de tutoría en interés de individuos incapaces de obrar confiados a su tutela.

Así pues, llamaré ‘*funciones*’ (o ‘*poderes funcionales*’) a esta segunda clase de poderes, unidos por el hecho de estar adscritos a un sujeto jurídico no ya en su personal interés, sino en el de otros sujetos, a quienes a veces son imputados los actos realizados por aquél mediante su ejercicio, así como los efectos producidos. En cambio, llamaré ‘*potestades*’ (o ‘*poderes autónomos*’) a los poderes ejercidos autónomamente y en interés propio, y no por cuenta de otros, por los propios sujetos que son sus titulares, sin mediaciones ni vínculos representativos o de otra naturaleza.

D10.6 ‘*Función*’ es todo poder imputado a un sujeto con la obligación de ejercerlo para satisfacer las expectativas y los intereses de otros sujetos.

$$(y')(FUNy' \equiv (\exists z)(\exists z'')(\exists y'')(POTy' \cdot IMPy'z' \cdot SGGz' \cdot M(\exists x)(OBLy'x \cdot ATZxy' \cdot ATTx \cdot SODxy'' \cdot ASPy''x \cdot INTy''x) \cdot SGGz''y'))$$

D10.7 ‘*Potestad*’ es todo poder consistente en una facultad atribuida a su titular no ya en interés de terceros sino en su propio interés.

$$(y')(PTSy' \equiv (\exists z)(POTy' \cdot FACy' \cdot TITz'y' \cdot \neg(\exists y'')(\exists z'')(M(\exists x)(INTy''x \cdot ATZxy' \cdot SGGz''y'') \cdot INTy' \cdot SGGz'y'))$$

Por tanto, mientras que las potestades son ejercidas por sus titulares en su propio interés, las funciones son siempre ejercidas en función de las expectativas y de los intereses de terceros. En consecuencia son *potestades* todos los poderes que consisten en aquellos derechos subjetivos que en el § 10.12 llamaré ‘derechos-potestad’ —como la propiedad privada, los derechos civiles y los derechos políticos— cuyo ejercicio es justamente un acto potestad porque es realizado en interés de su autor, incluso si está de distinta manera vinculado en las formas y *limitado* en sus posibles contenidos. Son en cambio *funciones* todos los poderes, tanto públicos como privados, de distinta manera *vinculados* también en sus contenidos porque son ejercidos *por cuenta*, o sea en interés, de otros sujetos: desde los poderes ejercidos *también en nombre* de tales sujetos —como los atribuidos a los representantes en interés de sus representados— hasta los conferidos a las personas jurídicas y a sus órganos para la realización de los intereses establecidos en su razón social⁶. En

pocas palabras, como mejor se verá, las funciones son *poderes-deberes*; las potestades son *derechos-poder*.

Concretamente, las funciones son *poderes-obligaciones*, atribuidos en garantía de las expectativas e intereses para cuya tutela son conferidos (T10.45, T10.46). Por eso, siendo inconcebibles deberes constituyentes (T6.80), aquéllas son siempre poderes constituidos (T10.47). Al contrario, las potestades son siempre *poderes-facultad* (T10.48), conferidos a sus titulares en su personal y exclusivo interés y no en el interés de terceros (T10.49). Además, a partir de cuanto se ha dicho en la tesis T10.29, es evidente que tanto de las funciones como de las potestades sólo puede propiamente hablarse en relación con los actos válidos que son su ejercicio (T10.50), no existiendo ni la función ni la potestad de cumplir actos inválidos (T10.51, T10.52). En suma, si es verdad que las potestades son principalmente *facultades* y las funciones son también *obligaciones*, tanto unas como otras, sometiendo su válido ejercicio cuando menos a obligaciones de forma, son también *prohibiciones* respecto a los actos inválidos mediante los que fueran ejercidas (T10.53).

T10.45	$(y')(FUNy' \rightarrow (\exists z')(\exists z'')(\exists y'')(POTy' \cdot DOVy' \cdot IMPy'z' \cdot SGGz' \cdot GARY'y'' \cdot ASPy'' \cdot INTy'' \cdot SGGz''y''))$	D10.6, D10.2, D3.5
T10.46	$(y)(FUNy \rightarrow (POTy \cdot OBLy))$	D10.6
T10.47	$(y)(FUNy \rightarrow (POTy \cdot \neg COSy))$	D10.6, T10.1, T6.80
T10.48	$(y)(PTSy \rightarrow (POTy \cdot FACy))$	D10.7
T10.49	$(y')(PTSy' \rightarrow (\exists z')(POTy' \cdot TITz'y' \cdot INTy' \cdot SGGz'y' \cdot \neg (\exists y'')(\exists z'')(SGGz''y'' \cdot M(\exists x)(INTy''x \cdot ATZxy'))))$	D10.7
T10.50	$(y)(x)(((FUNy \cdot OBLyx \cdot (\exists y'')APRxy'') \vee (PTSy \cdot FACyx \cdot (\exists y'')APRxy'')) \rightarrow VALx)$	T10.29, T10.45, T10.48, T2.7
T10.51	$\neg (\exists y)(\exists x)(FUNy \cdot PEMyx \cdot (\exists y'')APRxy'' \cdot INVx)$	T10.29, T10.45, D9.20
T10.52	$\neg (\exists y)(\exists x)(PTSy \cdot FACyx \cdot (\exists y'')APRxy'' \cdot INVx)$	T10.50, D9.20
T10.53	$(y)((PTSy \vee FUNy) \rightarrow (x)((ESExy \cdot MODyx \cdot INVx) \rightarrow DIVyx))$	T10.46, T10.48, T10.29

De donde se deduce que potestades y funciones se hallan en relación de oposición (T10.54-T10.55); y que por tanto resulta incompatible la titularidad de unas con la imputación de las otras, siendo las segundas conferidas en garantía de intereses ajenos, distintos y en virtual conflicto con los personales intereses subyacentes a las primeras (T10.56).

T10.54	$(y)(PTSy \rightarrow (POTy \cdot \neg FUNy))$	D10.7, D10.6
T10.55	$(y)(FUNy \rightarrow (POTy \cdot \neg PTSy))$	T10.46, T10.54
T10.56	$(y')(z')((FUNy' \cdot TITz'y') \rightarrow (\exists z'')(\exists y'')(GARY'y'' \cdot INTy'' \cdot SGGz''y'' \cdot \neg (PTSy' \cdot TITz'y' \cdot INTy' \cdot SGGz'y')))$	T10.45, T10.54

De este modo hemos alcanzado una ulterior y más general formulación del principio de prohibición del *conflicto de intereses*, que se añade a la ya enunciada en el § 7.7 con las tesis T7.74 y T7.75 de la incompatibilidad entre los intereses del representado y los personales intereses

del representante: una función no es jamás una potestad, y viceversa, en el sentido de que la una no puede nunca ser ejercida como una potestad, y la otra tampoco puede nunca quedar ocultada detrás de una función.

10.4. *Dos clasificaciones de los poderes. Funciones institucionales téticas y funciones representativas hipotéticas*

Disponemos en este punto de dos grandes distinciones, la una entre poderes decisoriales y poderes constitutivos (T10.39), la otra entre potestades y funciones (T10.54, T10.55). Cruzando las dos distinciones entre sí, y a su vez la segunda con aquella otra que establecimos entre los dos tipos de normas, téticas e hipotéticas, por las que los poderes son dispuestos o pre-dispuestos, obtenemos dos grandes clasificaciones tipológicas de todos los poderes.

La primera clasificación se genera del cruce de la distinción entre potestades y funciones con la de los poderes en poderes decisoriales y constitutivos. Se obtienen así cuatro clases de poderes: *a)* las *potestades decisoriales* (o *deónticas*), como los derechos patrimoniales y los derechos civiles y políticos; *b)* las *potestades constitutivas*, como por ejemplo el derecho a contraer matrimonio o a designar a alguien como heredero; *c)* las *funciones decisoriales* (o *deónticas*), como son la mayor parte de las funciones, comenzando por las normativas; *d)* las *funciones constitutivas*, como son por ejemplo aquellas cuyo ejercicio consiste en la institución de entidades u órganos, o en el nombramiento o elección de funcionarios. No se trata, por lo que se refiere a las funciones, de una distinción excluyente. Como ya he señalado, existen en efecto funciones al propio tiempo decisoriales y constitutivas, como las que se ejercen, justamente, por decisiones constitutivas. Lo que no es obstáculo para la importancia de la distinción entre las dos clases de funciones, siquiera sea como figuras atómicas a veces concurrentes en la composición molecular de funciones complejas como son, sobre todo, las funciones públicas.

poderes	poderes decisoriales	poderes constitutivos
potestades	potestades decisoriales	potestades constitutivas
funciones	funciones decisoriales	funciones constitutivas

Mucho más interesante resulta la segunda clasificación tipológica, que es posible realizar a partir de las diferencias de estructura exhibidas por las potestades y funciones, según el carácter tético o hipotético de las normas mediante las que están previstas. Son *potestades téticas* todas las potestades por así decir originarias y universales, es decir, consistentes, como los derechos civiles y políticos, en derechos fundamentales directamente dictados por normas téticas, como veremos en el próximo capítulo (T11.20). Son en cambio *potestades hipotéticas* todas las po-

testades por así decir adquiridas y singulares, es decir, consistentes en derechos patrimoniales predispuestos, como veremos, por normas hipotéticas como efectos de los actos, por lo común negociales, de los que son productos (T11.82). Son *funciones téticas* aquellas que llamaré «funciones institucionales» en cuanto adscritas a los entes o a sus órganos y por tanto dispuestas por normas téticas (T10.80), como se verá en el próximo párrafo. Son en cambio *funciones hipotéticas* las que llamaré «funciones representativas» porque son conferidas a los representantes, incluidos los de esos entes u órganos, y por tanto predispuestas, como veremos, por normas hipotéticas como efectos de actos de nombramiento o elección (T10.81).

En el próximo capítulo trataré de la distinción entre potestades téticas e hipotéticas, que se corresponde en gran parte con aquella otra, fundamental en la democracia constitucional, entre derechos (-poder) fundamentales y derechos (-poder) patrimoniales. No menos importante, pero de alcance por completo diferente, es la distinción entre funciones téticas e hipotéticas, que supone el análisis del que hemos identificado como el rasgo distintivo de las funciones con respecto a las potestades: el hecho de que comportan, por definición, una relación jurídica de sus titulares con los sujetos por cuenta de quienes son atribuidas (T10.57) y que se configuran, por tanto, como poderes conferidos en garantía de las expectativas y de los intereses de tales sujetos (T10.58).

T10.57 (y')(FUNy' \rightarrow ($\exists z'$)($\exists z'$)($\exists y''$)(RAGz''z' · IMPz'y' · SGGz''y' · INTy'' · M($\exists x$)(ASPy''x · ATTx · OBLy'x)))

D10.6, D3.4, D7.11, D6.3, D6.4, T2.17, D7.4, T3.15, T6.62

T10.58 (y')(FUNy' \rightarrow ($\exists z'$)($\exists y''$)($\exists z''$)(POTy' · IMPy'z' · SGGz' · GARY'y'' ·

ASPy'' · INTy'' · SGGz''y''))

D10.6, T10.57, D3.5

Sobre esta base resulta esclarecedor el análisis de las dos clases de potestades y de funciones arriba distinguidas, en virtud de su diferente relación con tales sujetos. Entrecruzando la distinción entre potestades y funciones con la que se da entre normas téticas e hipotéticas mediante las que unas y otras son dispuestas o predispuestas, obtenemos en efecto nuestra segunda clasificación. Son potestades téticas los que en su momento llamaré *derechos fundamentales civiles o políticos*, conferidos justamente por normas téticas a todos en cuanto capaces de obrar y/o ciudadanos. Son en cambio potestades hipotéticas los *derechos patrimoniales activos*, predispuestos por normas hipotéticas como efectos de decisiones singulares. Por otro lado, son *funciones institucionales*, ejercitables (no en nombre, sino sólo) por cuenta de los sujetos en cuyo interés han sido instituidas, los poderes conferidos por normas téticas a personas jurídicas o a sus órganos (T10.60), ya sean entidades públicas, como el Estado, o privadas, como por ejemplo un condominio o los órganos de una sociedad anónima. Son en cambio *funciones representativas*, ejercitables en nombre y por cuenta de los sujetos representados, los pode-

res predispuestos por normas hipotéticas atribuidos a los representantes (T10.59), sean éstos voluntarios, necesarios u orgánicos. No se trata, por lo que se refiere a las funciones, de una clasificación exhaustiva. Existen funciones, como las de tutoría atribuidas a los padres por normas téticas (como la función llamada impropriamente «potestad» paterna), que no son institucionales sino en parte representativas, por ejemplo para el ejercicio de los derechos patrimoniales de los que son titulares los menores representados, y en parte directamente propias de sus titulares, como las de asistencia, manutención, educación y similares.

poderes	poderes téticos	poderes hipotéticos
potestades	potestades téticas derechos de autonomía	potestades hipotéticas derechos patrimoniales
funciones	funciones téticas funciones institucionales	funciones hipotéticas funciones representativas

Aunque no es excluyente, la distinción entre funciones institucionales (téticas) y funciones representativas (hipotéticas) resulta esencial para el análisis del funcionamiento de las personas jurídicas. Como se mostrará en el próximo párrafo, las funciones institucionales, no siendo ejercitables directamente por las personas jurídicas y por sus órganos, por naturaleza incapaces de obrar (T7.43, T7.77), remiten inevitablemente a las funciones representativas a través de las que son ejercitables. Obviamente, las funciones representativas y las funciones institucionales son figuras incompatibles entre sí (T10.61): en efecto, las primeras corresponden a representantes, es decir, a personas físicas capaces de obrar (T7.73, T7.72); las segundas a personas artificiales o a sus órganos, unas y otros incapaces de obrar (T7.43, T7.77). Con aparente paradoja, sin embargo, ellas son también, cuando se refieren a personas jurídicas, las mismas, idénticas funciones: con la diferencia estructural, que será mejor clarificada en los párrafos siguientes, de que están dispuestas téticamente para las personas jurídicas y sus órganos, e hipotéticamente para sus representantes, que en el próximo párrafo llamaré ‘funcionarios’. En suma, son las mismas funciones, imputadas a unos y otros a título diferente.

T10.59 $(z')(z'')((\exists y')(POTy' \cdot IMPy'z' \cdot RNTz'z'') \rightarrow (\exists y')(\exists y'')(FUNy' \cdot IMPy'z' \cdot M(\exists x)(ATZxy' \cdot IMPxz'' \cdot INTy''x) \cdot SGGz''y'' \cdot RTOz''z'))$
D10.6, D7.13, T3.21, D6.1, D7.4, T7.67

T10.60 $(y')(z')(w)(y'')((POTy' \cdot TITz'y' \cdot (PARz' \vee (ORGz'w \cdot PARw)) \cdot RASy'y'') \rightarrow (\exists z'')(FUNy' \cdot (M(\exists x)(ATZxy' \cdot SODxy'' \cdot ASPy''x \cdot INTy''x) \cdot SGGz''y''))$
D8.14, D10.6, T2.75, T5.16

T10.61 $(y')(z')(z'')((FUNy' \cdot IMPz'y' \cdot (PARz' \vee (\exists w)ORGz'w)) \rightarrow \neg (FUNy' \cdot IMPy'z' \cdot RNTz'z''))$
T7.43, T7.77, T7.72

El nexo (y el grado de recíproca legitimación) entre los dos tipos de funciones está asegurado por el grado de correspondencia entre los intereses de las instituciones en nombre o por cuenta de las que actúan los representantes y los intereses de los sujetos que a la institución han dado y continúan dando vida. Estos intereses coinciden, tendencialmente, en las instituciones privadas, cuya razón social, como se verá en el § 11.16, es la tutela de los intereses de los propios sujetos que las han establecido a partir de su libre autonomía. En las instituciones públicas, en cambio, su máxima correspondencia aparece garantizada, como se verá en los capítulos XII, XIII y XIV, por las dos dimensiones en las que puede articularse la democracia constitucional: por su dimensión formal o política, que aparece asegurada por aquella forma de autonomía colectiva que se expresa en la representación política, en virtud de la cual las personas naturales que representan jurídicamente a la institución pública son elegidas, a través del ejercicio del derecho de voto, por el conjunto de las personas naturales en cuyo interés la institución ha sido creada; y por su dimensión sustancial o social, que a su vez está asegurada por la constitucionalización, como *principia iuris et in iure*, de esos intereses de todos que como veremos son los derechos fundamentales, la igualdad, la paz y la tutela del medio ambiente, que forman la razón social de la institución y a cuya garantía vienen vinculados los representantes.

A partir de ahí, prosiguiendo en el análisis de la tipología de los poderes iniciada en los §§ 9.15-9.17 y 10.2-10.3, podemos caracterizar las funciones como poderes *discrecionales* o como poderes *vinculados* y las potestades como poderes *autónomos*. Los intereses que informan el ejercicio tanto de las potestades como de las funciones no son otra cosa que los fines a los que tal ejercicio está orientado. Es claro que en el caso de las potestades la naturaleza de los fines es indeterminada, estando confiada a la libre valoración de sus titulares que son los únicos y libres intérpretes de sus personales intereses. Viceversa, los fines para cuya garantía se instituye una función son siempre determinados, identificándose justamente con la tutela de intereses de otros, que en el caso de las funciones institucionales de las personas jurídicas y de sus órganos se encuentra por completo establecida explícitamente en la razón social inscrita, como se verá en los §§ 10.9 y 12.10, en su ‘estatuto’ o bien, en el caso de las instituciones políticas, en las ‘constituciones’.

Si es verdad pues que la discrecionalidad de un poder designa la libertad de elección en orden a los medios que cabe adoptar para la mejor satisfacción de un fin predeterminado, mientras que su carácter vinculado reside en la predeterminación también de tales medios, todas las funciones son o discrecionales o vinculadas, estando su ejercicio orientado en todo caso al fin predeterminado y vinculante de la satisfacción de los intereses y de las expectativas de otros sujetos (D10.6). Al contrario, si es verdad que la autonomía comprende también los fines que perseguir, todas las potestades son autónomas, caracterizándose por la facultad de escoger no sólo los medios sino también los fines de su ejer-

cicio (D10.7). Podemos añadir que en el estado de derecho, al margen del poder constituyente, que como se verá en su momento es una facultad (T12.3), todos los poderes públicos son funciones y las potestades son sólo privadas: son precisamente aquellos derechos subjetivos que luego llamaré ‘potestades’.

Por otra parte, aunque todos los poderes están limitados tanto en la forma como en el contenido, el carácter autónomo, discrecional o vinculado de un poder, en relación con el *an* (o sea, con su realización u omisión), el *quomodo* (o sea, con la forma) y/o el *quid* (o sea, con el significado o contenido) de los actos preceptivos que constituyen su ejercicio, es una cuestión de grado, dependiente de la naturaleza de los intereses —propios o ajenos, públicos o privados, individuales o colectivos, inderogables o derogables— por cuenta de los que el poder es ejercido. Concretamente —mientras que son por antonomasia autónomos todos los poderes reconocidos a los particulares bajo la forma de derechos-potestad⁷, sean derechos patrimoniales o fundamentales, como los derechos civiles y políticos⁸— ninguna función es autónoma, pero tampoco es enteramente vinculada, siendo inevitable, en su ejercicio, un cierto margen de discrecionalidad. Las funciones privadas están cuando menos vinculadas, como establecen por ejemplo los artículos 1394 y 2391 del Código Civil italiano, por la incompatibilidad entre los intereses de sus titulares con los de los sujetos representados. Y lo están sobre todo, más que en la representación legal y en la que luego llamaré ‘orgánica’, en la representación voluntaria, unida a los contenidos más o menos rígidos del mandato.

En cuanto a las funciones públicas, seguramente las más discrecionales son las funciones políticas de gobierno —incluida entre éstas la función legislativa—, sometidas, por las normas constitucionales sobre su ejercicio, al respeto de los derechos fundamentales establecidos por estas últimas y por tanto a la observancia de las respectivas garantías: concretamente, de las prohibiciones de lesión de los derechos de libertad, pero también, en el moderno estado constitucional de derecho, de las obligaciones de decidir impuestas por los correspondientes derechos sociales. En el extremo opuesto, el poder público vinculado por antonomasia es el jurisdiccional, que consiste en la obligación del juez de decidir en todo caso sobre la acción promovida frente a él, constatando los hechos y aplicándoles los efectos, unos y otros taxativamente preestablecidos por la ley, bien que con los insuprimibles márgenes de discrecionalidad conectados a la valoración de las pruebas y a la interpretación de la ley. Los poderes administrativos, en cambio, son más o menos discrecionales según los márgenes de opción dejados a la autonomía administrativa en orden ya a la oportunidad de tomar una decisión, ya a su contenido. Pero son también concebibles funciones judiciales relativamente discrecionales, como las de tipo equitativo de acuerdo con las que es obligatorio el *an*, pero facultativo el *quid* de las decisiones que son su actuación; o, al contrario, funciones administrativas vinculadas, como son por ejemplo las de garantía ejercidas por disposiciones de aplicación

sustancial de la ley, en las cuales el *an* es facultativo mientras que el *quid* está normalmente predispuesto.

Examinaré en la parte cuarta esta abigarrada tipología de las funciones públicas —y, en particular, la gran dicotomía que estableceré entre ‘funciones de gobierno’ y ‘funciones de garantía’, unas discrecionales y las otras vinculadas— dentro del paradigma del estado constitucional de derecho. Sin embargo, antes es necesario analizar la estructura de la relación de representación orgánica que existe entre las personas jurídicas, tanto públicas como privadas, los órganos en que se articulan y las personas físicas que ejercen las funciones. Después será posible afrontar el tema, difícil y complejo, de la competencia de estos distintos sujetos, así como de las normas de competencia y de sus actos constitutivos.

10.5. *La relación de representación orgánica entre funcionarios y órganos de las personas jurídicas*

En el § 7.7 hemos distinguido tres tipos de ‘representación’, o sea, de relaciones de imputación de actos y situaciones a sujetos diferentes de aquellos que son sus autores o titulares: la representación *negocial* o voluntaria, que consiste en una relación jurídica entre representantes y representados originada por un acto negocial de apoderamiento; la representación *legal* o necesaria, que consiste en la misma relación instituida por la ley, como en el caso de los menores o de las personas físicas que de otro modo serían incapaces; la representación *orgánica* y también necesaria, en la que el representado es una persona jurídica o uno de sus órganos y el representante un funcionario, integrado de modo estable en el ordenamiento correspondiente.

La definición de ‘función’ nos permite definir ahora este tercer tipo de representación, que es seguramente el más complejo e importante de todos. En el § 8.12 se ha visto que el estatus de las personas artificiales no es otra cosa que su razón social, consistente a su vez, como he mostrado en el párrafo precedente, en la función que he llamado «institucional» de garantizar los intereses para cuya tutela han sido instituidas. De otro lado, es claro que las personas jurídicas y sus órganos, no siendo capaces de obrar, solamente pueden funcionar a través de representantes, o sea, de personas físicas investidas a su vez de funciones llamadas por ello «representativas». Tanto los poderes (institucionales) de los que es titular una persona jurídica o uno de sus órganos como los (representativos) imputados a sus representantes son, pues, como se ha mostrado, funciones: los primeros porque son conferidos en función del interés que constituye la razón social de la persona jurídica (T10.60); los segundos porque son ejercidos por sus representantes en interés de la persona jurídica representada (T10.59).

Ahora podemos explicar este complicado fenómeno analizando la relación asimétrica en la que la persona jurídica representada (y/o sus

órganos, definidos en D7.15 simplemente como sus articulaciones organizativas) y la persona natural representante se encuentran con las funciones y con los actos que se les imputan: cabe afirmar que la primera persona es institucionalmente *titular* de las funciones *imputadas* por representación a la segunda, la cual es *autora* de los actos que son su ejercicio y que a su vez son *imputados* a la primera. Diremos, por ejemplo, que de la función legislativa es titular el Parlamento, aunque dicha función es imputada a los parlamentarios, que son los autores de las leyes imputadas a aquél; o bien, a propósito de una sociedad anónima, que el consejo de administración es titular de las funciones de control sobre la administración de la sociedad, imputadas sin embargo a sus componentes, quienes son los autores de los actos mediante los que dichas funciones son ejercidas y que al consejo, y por tanto a la sociedad, son imputados.

Expresaré esta relación mediante la definición de dos nuevos términos: llamaré '*representación orgánica*' a la representación en las funciones de las que es titular una persona artificial (o uno de sus órganos) por parte de una persona natural, a la que llamaré a su vez '*funcionario*' en cuanto está encargada de realizar los actos que constituyen su ejercicio y que son imputables a aquélla.

D10.8 '*Representación orgánica*' es la representación por la que una persona artificial o uno de sus órganos son representados, en el ejercicio de las funciones de las que son titulares, por representantes cuyos actos son imputables a aquéllos.

$$(z)(w')(RAOzw' \equiv (RAPzw' \cdot (PARw' \vee (\exists w'')(ORGw'w'' \cdot PARw'')) \cdot RTOW'z \cdot (y)((FUNy \cdot TITw'y) \rightarrow (\exists r)(RNTzw' \cdot IMPzy \cdot NASy \cdot NORr \cdot REGry \cdot M(\exists x)(AUTzx \cdot AFOx \cdot ATZxy \cdot IMPxw'))))))$$

D10.9 '*Funcionario*' es la persona natural a la que, por representación orgánica, se le imputan mediante normas hipotéticas las funciones de las que es titular una persona artificial o uno de sus órganos y que se halla en condiciones de ejercerlas como autor de los actos que son su actuación y que resultan imputables a aquéllos.

$$(z)(w')(FUZZw' \equiv (PNAz \cdot RAOzw' \cdot (y)((FUNy \cdot TITw'y \cdot (PARw' \vee (\exists w'')(ORGw'w'' \cdot PARw'')) \rightarrow (\exists r)(IMPzy \cdot NORr \cdot REGry \cdot M(\exists x)(ATZxy \cdot AUTzx \cdot AFOx \cdot IMPxw'))))))$$

De aquí se deriva que los órganos, como señala la doctrina corriente y como aquí se ha mostrado en el § 7.8, no tienen una relación de representación con las personas jurídicas a las que pertenecen, sino justamente una relación de identificación orgánica: entre órganos y representantes, en efecto, existe incompatibilidad, en el sentido de que ni los órganos son representantes (T10.62) ni viceversa (T10.63). Pero esto no ya porque las personas jurídicas, como comúnmente se piensa, sean capaces de obrar mediante las personas físicas que son sus órganos,

sino por la razón exactamente opuesta: porque órganos y representantes son sujetos irreductiblemente distintos, siendo los primeros entidades artificiales (T7.15) al igual que la persona jurídica a la que pertenecen, mientras que los segundos, debiendo actuar en nombre y por cuenta de los primeros, son personas naturales de carne y hueso (T7.73). Pero por la misma razón es también verdad, contrariamente de nuevo a lo que erróneamente entiende la común doctrina organicista, que los funcionarios no se identifican en absoluto con los órganos (T10.64-T10.65), al ser ellos las personas naturales que actúan como sus representantes y, por su conducto, como representantes de las correspondientes personas artificiales (T10.66-T10.68).

No tiene, pues, sentido configurar la relación entre una persona artificial y las personas naturales de sus funcionarios como una «relación orgánica», como si éstos fueran «órganos» —o sea, partes, elementos o miembros— de aquélla⁹. Esta relación es más bien una relación de representación necesaria, que llamamos ‘orgánica’ únicamente por la naturaleza de órganos de los sujetos representados. Es fácil demostrar, en efecto, que la imputación de un acto a un ente o a uno de sus órganos implica necesariamente, por la congénita incapacidad de obrar de tales sujetos artificiales (T7.43, T7.77), la presencia de una persona física que es la autora del acto (T10.69) y que es justamente un funcionario del ente y de su órgano, gracias a la relación de representación orgánica que mantiene con ellos (T10.70). Se comprende entonces, entre otras cosas, el carácter elíptico y transitivo, del que he hablado en el § 7.7, de la tesis según la cual también una persona jurídica puede ser investida por apoderamiento de una función de representación: incluso en ese caso la relación de representación está en realidad mediada por funcionarios, en el doble sentido de que las funciones representativas son asumidas por ellos por cuenta y en representación orgánica de la persona jurídica y son ejercidos por cuenta y en representación voluntaria del sujeto con el que la relación de representación ha sido instituida por el apoderamiento.

T10.62 (z')(z'')(ORGz'z'' → ¬RNTz'z'')	T7.77, T7.72
T10.63 (z')(z'')(RNTz'z'' → ¬ORGz'z'')	T10.62
T10.64 (z)(w)(ORGzw → ¬FUZzw)	T10.62, D10.8, D10.9, T7.65
T10.65 (z)(w)(FUZzw → ¬ORGzw)	T10.64
T10.66 (z)(w)(FUZzw → PNAz)	D10.9
T10.67 (z)(w)(FUZzw → RNTzw)	D10.9, D10.8, T7.65
T10.68 (z)(w')(FUZzw' → (RNTzw' · RAOzw' · (PARw' v (∃w'')(ORGw'w' · PARw'')) · RTOw'z))	T10.67, D10.9, D10.8
T10.69 (x)(w)((IMPxw' · ATTx · (PARw' v (∃w'')(ORGw'w' · PARw'')))) → (∃z)(PNAz · AUTzx))	T7.45
T10.70 (z)(x)(w)((AUTzx · ATTx · IMPxw' · RAOzw' · (PARw' v (∃w'')(ORGw'w' · PARw'')))) → (PNAz · FUZzw')	D10.8, D10.9, T7.65, T7.73

Existe en suma una relación biunívoca entre funcionario y representación orgánica (T10.71-T10.73): el funcionario es siempre una persona física y concretamente un representante, que llamamos 'orgánico' porque representa al órgano de una persona jurídica o directamente a la persona jurídica misma (T7.76) en el ejercicio de las funciones institucionales de las que ésta es titular (T10.66-T10.68); la representación orgánica, o sea de un órgano y/o de una persona jurídica, es siempre a su vez una relación de representación (T10.74) con una persona física (T10.75), y concretamente con un funcionario, investido de las funciones representativas de la persona jurídica o de los órganos por él representados (T10.76).

T10.71 (z)(w)(RAOzw \equiv FUZzw)	D10.8, D10.9, T7.65, T7.73
T10.72 (z)(w)(FUZzw \equiv (RNTzw \cdot RAOzw))	T10.71, T10.67
T10.73 (w)(z)(RAOzw \equiv (RAPzw \cdot FUZzw))	T10.71, D10.8
T10.74 (w)(z)(RAOzw \rightarrow RAPzw)	T10.73
T10.75 (z)(w')((SGGz \cdot RAOzw' \cdot (PARw' \vee (\exists w''))(ORGw'w' \cdot PARw')))) \rightarrow PNAz)	D10.8, T7.65, T7.73
T10.76 (z)(w')(RAOzw' \rightarrow (y)((FUNy \cdot TITw'y) \rightarrow (FUZzw' \cdot (PARw' \vee (\exists w''))(ORGw'w' \cdot PARw')))) \cdot RTOW'z'))	T10.71, T10.68

En cambio, no es biunívoca la relación entre funciones y funcionarios. A todos los funcionarios obviamente se les imputan funciones representativas (D10.9, T10.68). Pero también son funciones —porque están orientadas al interés de sujetos distintos de sus titulares, aun no siendo éstos funcionarios— los poderes conferidos por representación voluntaria o legal (T10.57, T10.59), los poderes de tutoría no representativos y los poderes institucionales, igualmente no representativos, de los que están investidos las personas jurídicas y sus órganos (T10.60). En particular, lo que diferencia a los funcionarios de los representantes no orgánicos es el hecho de que a los primeros sólo les vienen imputadas las funciones de las que son titulares las personas jurídicas y los órganos representados (T10.77), mientras que los segundos son ellos mismos titulares de tales funciones, o sea, del poder de actuar las situaciones —muy distintas de las funciones— de las que son titulares los sujetos voluntaria o legalmente representados¹⁰. Es asimismo evidente que también la representación orgánica y la cualidad de funcionario excluyen, como toda relación de representación (T7.74 y T7.75), el conflicto de intereses entre el funcionario y las personas artificiales o los órganos representados por él (T10.78 y T10.79).

T10.77 (z)(w')(FUZzw' \rightarrow (y)((FUNy \cdot TITw'y \cdot (PARw' \vee (\exists w''))(ORGw'w' \cdot PARw')))) \rightarrow IMPzy))	D10.9
T10.78 (z')(z'')((FUZZ'z' \vee RAOz'z'') \rightarrow (\exists y')(\exists y'')(\exists y)(SGGz' \cdot RAGz'z'') \cdot SGGz' \cdot RTOz'z' \cdot M(\exists x)(\neg M(\exists w)(INTw \perp x \cdot SOGz'w) \cdot INTy'x \cdot ASPy'x \cdot OBLy'x \cdot SODxy' \cdot ATZxy) \cdot TITz'y' \cdot IMPz'y' \cdot SITy' \cdot TITz'y'))	T10.72, T10.74, T7.65, T7.74

T10.79 $(z')(z'')((FUZZ'z'' \vee RAOz'z'') \rightarrow (\exists y')(\exists y'')(\exists y)(SGGz' \cdot RAGz'z'' \cdot$
 $SGGz'' \cdot RTOz'z' \cdot M(\exists x)(\neg M(\exists w)(INTwx \cdot SOGz'w) \cdot INTy'' \perp x \cdot$
 $ASPy'' \perp x \cdot DIVy'x \cdot ATZ \perp xy) \cdot TITz'y'' \cdot IMPz'y' \cdot SITY \cdot TITz'y))$

T10.72, T10.74, T7.65, T7.75

De este modo resulta disipado el equívoco que afecta a la concepción corriente de las personas jurídicas: el funcionario, o sea, la persona física que actúa en nombre y por cuenta de una persona jurídica, no es el órgano, sino el representante del órgano y, consiguientemente (T7.76), de la persona jurídica de la que el órgano es justamente una articulación organizativa. El equívoco en el que incurre la doctrina dominante es precisamente la concepción organicista de los funcionarios como órganos y de su relación con la persona jurídica como «relación orgánica»: o sea, la falta de distinción entre las personas de carne y hueso de los funcionarios (por ejemplo los jueces o el conjunto de los parlamentarios) que en concreto representan y hacen actuar a los órganos (este o aquel cargo judicial, el parlamento o similares), y los órganos mismos por ellas representados, que son en cambio, como se ha dicho en la definición D7.15, sujetos artificiales al igual que las personas jurídicas de las que forman parte.

El equívoco se resuelve reconociendo que los órganos *no son* representantes y que sin embargo *tienen*, necesariamente, representantes o funcionarios. Se derrumba así toda la construcción organicista y antropomórfica de la teoría de la persona jurídica. Los sujetos implicados en la representación orgánica no son dos —persona jurídica y funcionario-órgano— sino tres: la persona jurídica y su órgano, ambos sujetos artificiales, y su funcionario, que es una persona física o natural¹¹. Entre los dos primeros existe una relación que, si bien se ha denominado en el § 7.8 *relación orgánica*, nada tiene que ver con la relación de representación orgánica de los funcionarios y que no es siquiera una relación deóntica o jurídica, sino simplemente la relación diádica en virtud de la cual decimos que el primer sujeto (por ejemplo, la asamblea de socios, el consejo de administración, el cargo de consejero delegado, el gobierno o el parlamento) es órgano *del* segundo (por ejemplo, *de la* sociedad mercantil o *del* Estado). Es absurdo sostener, por ejemplo, que las personas físicas de los parlamentarios o del presidente de la República son «órganos» del Estado, o que la persona del alcalde lo es del Ayuntamiento, o cosas similares, y poblar así el mundo del derecho de máquinas monstruosas cuyos órganos o engranajes serían seres humanos. El fenómeno es mucho más simple. Órganos y funcionarios son sujetos radicalmente diferentes —consistiendo los unos en cargos y por tanto en entidades artificiales, y los otros en personas físicas y por tanto en sujetos naturales— unidos entre sí por la que hemos llamado precisamente *representación orgánica*: en virtud de la cual a los primeros, y consiguientemente a las personas artificiales a las que pertenecen, se les imputan los actos mediante los que se ejercen las *funciones institucionales* de las que son titulares y

que tienen como autores a los segundos, a los que esas mismas funciones les son imputadas como *funciones representativas*. Y aun cuando las funciones de unos y de otros son exactamente las mismas, son diferentes las dos relaciones funcionales que están tras ellas: la institucional (pero no representativa) entre los entes y/o los órganos y los sujetos en cuyo interés dichas funciones les son atribuidas, y la representativa (pero no institucional) entre los funcionarios y los entes y/o los órganos que representan. Prueba de ello es el hecho de que también se configuran de modo diferente las normas que prevén los dos tipos de funciones: como normas tético-deónticas que disponen las primeras, que se atribuyen a los entes y/o a los órganos (T10.80), y como normas hipotético-deónticas que predisponen las segundas, atribuidas a sus funcionarios, como efectos de las decisiones por las que éstos son concretamente investidos en su ejercicio (T10.81): la función legislativa, por ejemplo, es conferida téticamente por la Constitución italiana al Parlamento (art. 70) y, al mismo tiempo, es imputada hipotéticamente, tras su elección, a los parlamentarios por quienes es ejercida (arts. 56-67). Es así como, confirmando la distinción entre órganos y funcionarios, la diferente naturaleza de los dos tipos de sujetos se refleja en la diferente estructura normativa, ya subrayada en el párrafo que precede, de sus no obstante idénticas funciones: *funciones téticas*, porque son dispuestas por normas téticas, las funciones *institucionales* de las personas jurídicas y de sus órganos; *funciones hipotéticas*, porque son predispuestas por normas hipotéticas, las funciones *representativas* de sus funcionarios.

T10.80 (y)(w')(z)((FUNy · TITw'y · RAOzw' · (PARw' v (∃w'')(ORGw'w" · PARw'')))) → (NTEy · NDEy)) D10.8, T10.46, T10.1, T6.62, T8.48

T10.81 (y)(z)(w)((FUNy · IMPyz · FUZZw' · TITw'y · (PARw' v (∃w'')(ORGw'w" · PARw'')))) → (∃r)(NIPr · NDEr · REGry)) D10.9, T10.46, T10.1, T6.62, T8.42

Así pues, son las esferas de funciones y de acción de estos distintos sujetos las que ahora deben ser analizadas. De su clarificación dependerá la explicación de la *estructura organizativa* de las instituciones consideradas como personas artificiales, paralela y correlativa, como se ha visto en los §§ 7.6 y 8.13, a la *estructura normativa* exhibida por ellas cuando son consideradas como ordenamientos.

10.6. La competencia: una noción compleja

Llego así al tema acaso más complejo y difícil de la teoría de las instituciones: el de la *competencia*, o sea, el de la imputabilidad a distinto título—institucional o representativo— de funciones y de actos a personas jurídicas, a sus órganos y a sus funcionarios. Se trata de un tema central de la teoría del derecho, decisivo para la teoría de las personas jurídicas,

y en particular de las instituciones públicas, porque coincide con el de la legitimación de los sujetos habilitados para obrar en nombre y por cuenta de aquéllas, que es a su vez un requisito esencial de la forma de los actos realizados por tales sujetos en su representación, y por lo tanto de su vigencia y de su validez.

Los problemas suscitados por este concepto son muchos y difíciles. Ante todo, ¿en qué consiste la competencia? ¿En un estatus jurídico, o sea, en una condición óntica, o en una función o conjunto de funciones y por tanto en una figura deóntica, o incluso en un requisito de forma de los actos preceptivos realizados de acuerdo con ella? Por otra parte, ¿de qué sujetos es predicable la competencia?, ¿de personas jurídicas, de sus órganos o de sus funcionarios? Es evidente que si entendemos esta figura como una función o un conjunto de funciones se convierte en un concepto casi superfluo, fungible justamente con el de ‘función’, del que sin embargo debe ser distinguido aunque sólo sea porque en la competencia entran habitualmente varias funciones. Pero si la concebimos como un estatus tampoco resulta claro a qué sujeto pertenece: si se la entiende como una forma específica de capacidad de obrar sólo pertenece al funcionario; si en cambio se la entiende como una forma genérica de capacidad jurídica y/o de imputabilidad, entonces pertenece (también) a la persona jurídica y/o a sus órganos. En todo caso, ¿cuál es la relación entre la competencia del órgano y/o de la persona jurídica y la competencia de sus funcionarios?

Existen además otras complicaciones. Por lo común, en la teoría del derecho el problema afrontado es directamente el de las normas de competencia. El tácito presupuesto de esta aproximación es que cualquier competencia es téticamente constituida y adscrita por una norma de competencia. ¿Pero es éste un presupuesto aceptable? Existen en efecto competencias generadas por actos constitutivos no normativos: como las de los funcionarios, producidas por actos no normativos como son los de nombramiento o elección; o las de órganos o entes instituidos por actos singulares y específicos. De ahí la necesidad de definir el concepto de ‘competencia’ antes que el de ‘norma de competencia’, definible a través del primero. ¿Cuál es entonces la naturaleza de la competencia y cómo se determina consiguientemente el objeto de las normas de competencia? Si se definiera la competencia simplemente como un estatus, las normas de competencia serían desde luego normas constitutivas (T8.28). Sin embargo, comúnmente se habla de «inobservancia» de las normas de competencia, suponiéndose, pues, que un acto inválido por vicio de competencia viola las correspondientes normas sobre la competencia, y por lo tanto que tales normas son (también o sólo) normas deónticas (T8.35) sobre la formación de los actos preceptivos.

Finalmente, ¿cuál es la relación entre competencia y validez? ¿La competencia es una condición (sólo) necesaria o (también) suficiente de la validez del acto que la requiere? Aunque este problema no sea habitualmente afrontado de modo explícito, parecería que prevalece, al me-

nos entre quienes conciben las normas de competencia como normas permisivas¹², la segunda respuesta, dado que ‘permitidos’ son solamente los actos válidos (T9.9, T9.70, T9.166): la competencia sería sólo para realizar actos válidos e implicaría, pues, la validez¹³. Pero, dado que ciertamente la validez implica como condición necesaria la competencia, tal respuesta comportaría la equivalencia, cuando menos extensional, entre competencia y validez. Sucede en cambio que en los usos corrientes se habla de la incompetencia como uno de los posibles vicios de un acto formal; por lo tanto, bien puede ocurrir que un acto producido por una autoridad competente sea sin embargo inválido por motivos, formales o sustantivos, distintos a la competencia. En consecuencia, si se quiere dar cuenta de este fenómeno no podemos incluir la validez entre los requisitos de los actos en relación con los cuales se predica la competencia. Sólo se podrá decir que la validez, y específicamente la validez formal del acto mediante el que se ejerce una función, supone la competencia del sujeto al que dicho acto se imputa, pero no viceversa.

La definición de competencia que aquí propondré pretende resolver o cuando menos preparar las soluciones de esta maraña de cuestiones, conectando sus elementos pese a ser tan heterogéneos. Diremos desde luego que la ‘competencia’ es un estatus producido por un acto institutivo como presupuesto de determinadas funciones. Concretamente, es un estatus jurídico referido a todos los sujetos de la representación orgánica: sea a la persona jurídica y a sus órganos, en relación con los cuales la competencia se configura como su titularidad de determinadas funciones y como su imputabilidad de los actos que constituyen su ejercicio; sea a las personas físicas que son sus funcionarios representantes, en relación con los cuales se configura como su capacidad para ser autores de tales actos, así como la imputación a los mismos de las funciones así ejercidas. Pero esto no basta para caracterizar la competencia. Será necesario añadir que, además de constituir un estatus de los sujetos a los que se atribuye, la competencia es también un requisito de forma de los actos por ellos realizados o a ellos imputados en el ejercicio de las respectivas funciones.

D10.10 *La ‘competencia’ es el estatus jurídico de una persona artificial y/o de uno de sus órganos, así como de sus funcionarios, producido por un acto institutivo y exigido, como requisito de forma, a los actos preceptivos imputables a los primeros y actuables por los segundos en el ejercicio de funciones de las que son titulares los primeros y que se imputan a los segundos.*

$$(w)(y)(CPZwy \equiv (\exists z)(STGwz \cdot (\exists x')(EFFwx' \cdot AISx'z) \cdot ((TITzy \cdot FUNy \cdot (PARz \vee (\exists z'')(ORGzz'' \cdot PARz'')) \cdot M(\exists x)(\exists y'')(FORwx \cdot APRxy'' \cdot IMPxz \cdot ATZxy)) \vee (IMPyz \cdot FUNy \cdot (\exists z')FUZZz' \cdot M(\exists x)(\exists y'')(FORwx \cdot AUTzx \cdot APRxy'' \cdot ATZxy))))))$$

Así pues, la competencia se configura como un concepto complejo, siendo al mismo tiempo un estatus subjetivo y un requisito de forma

(T10.82). Por ahora no me detengo en esta segunda característica, que analizaré en el próximo párrafo, si no para decir que está asociada a los actos preceptivos mediante los que se ejercen las funciones atribuidas por la competencia (T10.83). Mucho más importante es la parte de nuestra definición que identifica la competencia con un estatus, asociable tanto a las personas jurídicas y a sus órganos como a sus funcionarios. Desde esta perspectiva, la competencia es el producto de un acto institutivo (T10.84) que es también —excepción hecha del acto constituyente, institutivo de los órganos constitucionales y, como sabemos, informal (T9.30, T12.43)— un acto constitutivo. Y presenta una estructura compleja que refleja la propia relación asimétrica con que he definido ‘representación orgánica’ y ‘funcionario’: la *imputación* a los funcionarios representantes de las funciones de las que son *titulares* las personas jurídicas y los órganos representados, así como la *imputabilidad* a éstos de los actos preceptivos que constituyen su ejercicio y de los que aquéllos son *autores*. Diremos por tanto que la competencia es el estatus consistente por un lado en la imputación, en calidad de *titulares*, de determinadas funciones a las personas jurídicas y a sus órganos, a los que consiguientemente les son *imputables* los actos preceptivos que son ejercicio de las mismas; y, por otro lado, en la imputabilidad, en calidad de *autores*, de tales actos a sus funcionarios, a los que consiguientemente les son *imputadas* las funciones por ellos ejercidas (T10.85).

T10.82 (w)(y)(CPZwy \rightarrow (($\exists z$)STGwz \cdot M($\exists x$)FORwx)) D10.10

T10.83 (w)(y)(CPZwy \rightarrow M($\exists x$)($\exists y$ ")(FORwx \cdot APRxy" \cdot ATZxy \cdot FUNy))

D10.10

T10.84 (w)(y)(CPZwy \rightarrow ($\exists z$)(STGwz \cdot ($\exists x'$)(EFFwx' \cdot AISx'z')))) D10.10

T10.85 (w)(y)(CPZwy \rightarrow ($\exists z$)(STGwz \cdot ((IMPyz \cdot FUNy \cdot TITzy \cdot (PARz v ($\exists z$ ")(ORGzz" \cdot PARz")) \cdot M($\exists x$)($\exists y$ ")(IMPzx \cdot APRxy" \cdot ATZxy)) v (M($\exists x$)($\exists y$ ")(IMPxz \cdot AUTzx \cdot APRxy" \cdot ATZxy) \cdot ($\exists z$)FUZZz' \cdot IMPzy \cdot FUNy))))))

D10.10, T3.22, T3.15

Es esta pluralidad de sujetos a los que pertenece el estatus jurídico —los entes, sus órganos y funcionarios— lo que constituye el rasgo característico de la competencia. Por ejemplo, la competencia por materia y por territorio del Tribunal de Prato es la establecida por los artículos 9 y 18 del Código de Procedimiento Civil y 6 y 8 del Código de Procedimiento Penal. Pero ésta es también la competencia de las personas físicas que en concreto desempeñan las funciones de juez en el Tribunal de Prato. Lo mismo cabe decir del Parlamento, de los Ayuntamientos o de la asamblea de socios de una sociedad mercantil: cuyas competencias corresponden a tales entes u órganos en cuanto titulares de las funciones de acuerdo con ellas imputadas, y al propio tiempo a sus funcionarios en cuanto autores de los actos que son ejercicio de tales funciones.

Pero la imputación de situaciones en calidad de titulares, como sabemos, es la capacidad jurídica (D7.8), y la de actos en calidad de autores

es la capacidad de obrar (D7.7). De donde se deriva que la competencia es la específica capacidad jurídica de las personas artificiales o de sus órganos y/o la específica capacidad de obrar de sus funcionarios (T10.86). Más exactamente, es el estatus jurídico producido por un acto institutivo y consistente en la *capacidad (jurídica)* de una persona artificial o de uno de sus órganos para ser titular de determinadas funciones y en la *imputabilidad* a los mismos de los actos preceptivos que constituyen la actuación de estas funciones; así como en la *imputación* a sus funcionarios de esas mismas funciones y en su *capacidad de obrar*, o sea, de ejecutar los actos preceptivos que son su ejercicio (T10.87). Inversamente, el estatus jurídico de funcionario no es otra cosa que su competencia en relación con las funciones que le son imputadas y con los actos que las actúan y de los que es autor (T10.88); así como el estatus de un órgano o de una persona jurídica no es más que su competencia en relación con las funciones de las que son titulares y con los actos de actuación de las mismas que les son imputables (T10.89).

T10.86 (w)(y)(CPZwy \rightarrow ($\exists z$)((CPGwz \cdot (PARz \vee ($\exists z$))(ORGzz" \cdot PARz")))) \vee (CPAwz \cdot ($\exists z$)FUZZz'))

D10.10, D7.8, D7.7, D3.2, T3.18, T10.47, T10.1, T6.62, T9.59, T9.13

T10.87 (w)(y)(CPZwy \rightarrow ($\exists z$)(STGwz \cdot ($\exists x$ ')(EFFwx' \cdot AISx'z') \cdot ((CPGwz \cdot (PARz \vee ($\exists z$))(ORGzz" \cdot PARz")) \cdot TITzy \cdot FUNy \cdot M($\exists x$)($\exists y$ ')(IMPxz \cdot APRxy" \cdot ATZxy)) \vee (IMPyz \cdot ($\exists z$)FUZZz' \cdot FUNy \cdot CPAwz \cdot M($\exists x$)($\exists y$ ')(AUTzx \cdot APRxy" \cdot ATZxy))))))

D10.10, D7.8, D7.7, D3.2, T3.18, T10.47, T10.1, T6.62, T9.59, T9.13

T10.88 (w)(z)(z')(x')(y)((STGwz \cdot FUZZz' \cdot EFFwx' \cdot AISx'z' \cdot FUNy \cdot IMPyz \cdot M($\exists x$)($\exists y$ ')(FORwx \cdot AUTzx \cdot APRxy" \cdot ATZxy)) \rightarrow CPZwy)

D10.10

T10.89 (w)(z)(x')(y)((STGwz \cdot (PARz \vee ($\exists z$))(ORGzz" \cdot PARz")) \cdot EFFwx' \cdot AISx'z' \cdot FUNy \cdot TITzy \cdot M($\exists x$)($\exists y$ ')(FORwx \cdot APRxy" \cdot IMPxz \cdot ATZxy)) \rightarrow CPZwy)

D10.10

Se recordará que en el § 8.12 he afirmado que la razón social no es sino el estatus de las personas jurídicas (D8.14, T8.102, T8.103); y que, al propio tiempo, dicha razón es el conjunto de garantías (T8.104) de las expectativas y fines para los que la persona jurídica es instituida. Pero es precisamente con las garantías de esas mismas expectativas con lo que también hemos identificado, en el § 10.4, todas las funciones, incluidas, pues, aquellas para las que son competentes las personas jurídicas. Se comprende entonces por qué también la competencia ha sido caracterizada aquí como el estatus de una persona jurídica (o de uno de sus órganos). Designa, por así decir, el aspecto formal e instrumental de tal estatus, mientras que la razón social designa su aspecto más propiamente sustancial y teleológico.

10.7. *Las normas de competencia*

Como sabemos, todos los estatus jurídicos o son normas ellos mismos, y en concreto normas tético-constitutivas, o están preestablecidos por normas hipotético-constitutivas (T8.73, T8.75). También la competencia es, pues, o un estatus normativo dispuesto téticamente por una norma tético-constitutiva, o un estatus singular predisuesto hipotéticamente por una norma hipotético-constitutiva (T10.90), T10.91) como efecto del acto institutivo por el que es producida (T10.84).

T10.90 (w)(y)(CPZwy \rightarrow ($\exists z$)(STGwz \cdot (NORw \vee ($\exists r$)(NORr \cdot REGrw))))
T10.84, T8.73

T10.91 (w)(y)(CPZwy \rightarrow ($\exists z$)(STGwz \cdot ((NTEw \cdot NCOw) \vee ($\exists r$)(NIPr \cdot NCO r \cdot REGrw))))
T10.84, T8.75

Pues bien, la competencia, como se ha sugerido en el análisis realizado en el parágrafo anterior, es ambas cosas, según el sujeto a quien resulte imputada y la configuración de las normas que la prevean. Partiendo de la noción de ‘competencia’ y gracias a nuestra distinción entre normas téticas y normas hipotéticas hemos llegado así a identificar las ‘*normas de competencia*’. Tales normas se identifican con la competencia misma, como sus normas tético-constitutivas, o bien con normas por ella presupuestas, como sus normas hipotético-constitutivas. Es fácil comprender cómo las dos hipótesis se refieren, respectivamente, a la *competencia institucional* de los entes y/o de los órganos y a la *competencia representativa* de sus funcionarios: análogamente a cuanto se ha visto para las funciones, son tético-constitutivas las normas que constituyen la primera; son en cambio hipotético-constitutivas las normas que preconstituyen la segunda, constituida en concreto por actos no normativos de nombramiento y de elección. Y sin embargo —éste es su rasgo característico— no nos encontramos ante normas distintas, sino ante las mismas normas constitutivas que figuran de modo diferente, en el primer caso como téticas y en el segundo como hipotéticas, según se las contemple desde el punto de vista de la competencia de los entes u órganos, o bien desde el de los funcionarios. Para retomar un ejemplo ya conocido, las normas establecidas por los artículos 9 y 18 y 6 y 8 de los códigos italianos de procedimiento civil y penal sobre la competencia de los tribunales son conjuntamente tético-constitutivas de la competencia de los tribunales e hipotético-constitutivas de la competencia de los jueces de carne y hueso investidos de funciones judiciales en los distintos tribunales tras su nombramiento y toma de posesión. Y no sólo eso. Siendo la competencia un requisito de forma de los actos realizados por éstos en el ejercicio de tales funciones, son también normas hipotético-deónticas sobre su formación.

Así pues, llamo a estas normas —al mismo tiempo tético-constitutivas de la competencia de personas jurídicas o de sus órganos, hipotético-

constitutivas de la competencia de sus funcionarios e hipotético-deónicas sobre la producción de los actos preceptivos mediante los que la competencia viene ejercida— ‘*normas de competencia*’.

D10.11 ‘*Normas de competencia*’ son las normas adscriptivas de competencias y de las correspondientes funciones en favor de una persona artificial (y/o de uno de sus órganos) e hipotético-constitutivas de la competencia de sus funcionarios en esas mismas funciones, así como regulativas de la forma de los actos preceptivos imputables a la primera y realizados por los segundos en el ejercicio de las referidas funciones.

(r)(y)(NCPry \equiv ($\exists z$)($\exists w$)($\exists z'$)(NASr · CPZry · FUNy · STGrz · (PARz \vee ($\exists z'$)(ORGzz" · PARz")) · NIPrw · NCOrw · CPZwy · STGwz' · IMPyz' · FUZZ'z · M($\exists x$)(NDErx · REGrx · REGrw · FORwx · ($\exists y$)APRxy" · IMPxz · AUTz'x · ESExy)))

Tenemos así una definición cuya complejidad estructural reproduce la misma complejidad de la definición de ‘competencia’. Con la diferencia de que en ésta vienen unidas en lugar de separadas (las normas tético-constitutivas de) la competencia de los entes y/o de los órganos y (las normas hipotético-constitutivas de) la competencia de sus funcionarios (T10.92). Gracias a este nexo, la competencia del funcionario es en efecto la hipotéticamente preconstituida por la misma norma tético-constitutiva de la competencia del órgano, aunque obviamente constituida por un acto sucesivo de investidura distinto de la fuente de las normas (T10.93)¹⁴. En otras palabras, las normas de competencia son siempre ellas mismas competencias, y en concreto las competencias normativas de los órganos téticamente instituidos con ellas (T10.94); pero al mismo tiempo predisponen hipotéticamente en favor de los funcionarios, como efecto de su investidura, las funciones adscritas téticamente a las personas jurídicas y a los órganos que aquéllos representan (T10.95). En efecto, se reproduce entre competencia del ente o del órgano y competencia de los funcionarios la misma relación que se ha visto al final del § 10.5 entre funciones institucionales de los primeros, dispuestas por normas téticas, y funciones representativas de los segundos, predispuestas por normas hipotéticas (T10.80-T10.81). En ambas relaciones se trata de la misma competencia y de las mismas funciones, adscritas en el primer caso a la persona jurídica y a sus órganos y en el segundo a sus funcionarios; con la obvia diferencia de que, consistiendo las funciones en modalidades y las competencias en estatus, mientras que las normas sobre las funciones son normas (tético- o hipotético-) deónicas, las normas sobre la competencia son normas (tético- e hipotético-) constitutivas.

T10.92 (r)(y)(NCPry \rightarrow ($\exists z$)($\exists w$)($\exists z'$)(NTEr · NCOr · CPZry · STGrz · (PARz \vee ($\exists z'$)(ORGzz" · PARz")) · NIPrw · NCOrw · CPZwy · STGwz' · FUZZ'z))

D10.11, T8.49, T7.17, T7.10, D7.15

- T10.93 (r)(y)(NCPry \rightarrow ($\exists z$)($\exists w$)($\exists z'$)(NTEr · NCOOr · CPZry · STGrz ·
 (PARz v ($\exists z'$)(ORGzz" · PARz")) · NIPrw · NCOOrw · CPZwy · STGwz' ·
 FUZZ'z · ($\exists x'$)(EFFrx' · FONx'r) · ($\exists x$)(EFFwx" · NCOOrw))) T10.92, T8.36, T8.19, D5.1, D7.1
- T10.94 (r)(y)(NCPry \rightarrow (CPZry · NTEr · NCOOr · ($\exists z$)(STGrz ·
 (PARz v ($\exists z'$)(ORGzz" · PARz"))))) T10.92
- T10.95 (r)(y)(NCPry \rightarrow ($\exists w$)($\exists z'$)($\exists z$)(NIPrw · NCOOrw · CPZwy ·
 STGwz' · FUZZ'z · IMPyz' · FUNy · CPZry · NASr · STGrz ·
 (PARz v ($\exists z'$)(ORGzz" · PARz")))) D10.11

Pero, como ya se ha dicho, las normas de competencia no sólo son normas constitutivas de la competencia. Son también normas hipotético-deónticas que predisponen la competencia como requisito de forma de los actos preceptivos mediante los que los funcionarios ejercen las funciones, justamente, de su competencia (T10.96). En suma, son normas hasta tal punto complejas como para integrar, dependiendo de sus diferentes objetos, los cuatro tipos de normas —téticas e hipotéticas, deónticas y constitutivas— diferenciadas en el capítulo VIII (T10.97).

- T10.96 (r)(y)(NCPry \rightarrow ($\exists z$)($\exists w$)($\exists z'$)(NTEr · NCOOr · CPZry · STGrz ·
 (PARz v ($\exists z'$)(ORGzz" · PARz")) · NIPrw · NCOOrw · CPZwy · STGwz' ·
 FUZZ'z · M($\exists x$)(NDErx · REGrx · REGrw · FORwx · ($\exists y$)APRxy" ·
 IMPxz · AUTz'x · ESExy) · FUNy · IMPyz')) D10.11, T10.92
- T10.97 (r)(y)(NCPry \rightarrow (NTEr · NIPr · NDEr · NCOOr)) T10.92, T10.96

Bien se puede decir por tanto que las normas de competencia, en cuanto normas deónticas, son normas con respecto a las que es predicable tanto la observancia como la inobservancia (T10.98). Concretamente, son normas formales sobre la producción de los actos preceptivos (T10.99), cuya observancia o conformidad es condición de su existencia (T9.142, T9.143) o cuando menos de su validez formal (T9.150, T9.153), y cuya inobservancia o disconformidad —la incompetencia, precisamente— es un vicio de forma que comporta su inexistencia (T9.144, T9.145) o cuando menos su invalidez formal (T9.175, T9.176, T9.203).

- T10.98 (r)(y)(NCPry \rightarrow M($\exists x$)((OSSxr v IOSxr) · NDErx)) T10.96, T8.35
- T10.99 (r)(y)(NCPry \rightarrow M($\exists x$)(NFORx · ($\exists y$)APRxy")) T10.96, D9.11, T9.59

Esta complejidad estructural de las normas de competencia —al mismo tiempo constitutivas y deónticas, téticas e hipotéticas, obviamente según sus diferentes objetos— no tiene nada de extraño¹⁵. Habiendo configurado la competencia como un estatus, dispuesto téticamente para los órganos e hipotéticamente para los posibles funcionarios, y al propio tiempo como un requisito de forma de los actos realizados por éstos, es evidente que las normas de competencia resultan configurables por un lado como constitutivas de la competencia, y concretamente tético-constitutivas de la competencia de los órganos e hipotético-constitutivas

de la competencia de los funcionarios, y por otro lado como hipotético-deónticas por lo que se refiere a la obligaciones relativas a la forma (T9.1, T9.3) de los actos realizados en el ejercicio de las funciones competentes. Tomemos una vez más, por ejemplo, los artículos del Código de Procedimiento Penal sobre la competencia del juez: se trata, evidentemente, de normas tético-constitutivas de la competencia de los juzgados y tribunales e hipotético-constitutivas de la de los jueces que son titulares de esos órganos. Consideremos después los artículos del mismo código que prevén la incompetencia del juez, por materia o por territorio, como causa de anulabilidad: se trata, de nuevo, de normas sobre la competencia, pero también, evidentemente, de normas formales, y por tanto deónticas, sobre la formación de los actos judiciales, que configuran la competencia como un requisito de su forma y la incompetencia como un vicio formal. No debe inducir a engaño el hecho de que nos encontremos ante dos distintos enunciados normativos, que corresponden a otros tantos fragmentos de normas. La competencia de la que hablan tales enunciados —para constituirla téticamente para los órganos judiciales e hipotéticamente para los jueces y para prescribirla como requisito de forma— es siempre la misma y remite por tanto a una norma sobre la competencia que refleja, con la multiplicidad de sus objetos, su complejidad estructural.

De donde resulta confirmada la tesis avanzada en el párrafo precedente acerca de la relación entre competencia y validez. No es verdad que la competencia, como a veces se sostiene, sólo sea para realizar actos válidos y que por lo tanto implica la validez. Si así fuese, la competencia sería un concepto inútil dado que, repito, se identificaría con la validez, la cual implica, obviamente, la competencia. Sólo es cierto que es la validez, y en concreto la validez formal, la que supone la competencia. Así como, a la inversa, no es la invalidez la que implica la incompetencia sino, al contrario, la incompetencia la que comporta la invalidez, y en concreto la invalidez formal. Y es que la competencia es sólo uno de los varios requisitos de forma y la incompetencia sólo uno de los varios vicios formales de los actos preceptivos.

Por otra parte es evidente que la competencia es sólo para llevar a cabo actos existentes y por tanto, si es verdad que no implica la validez, sí implica ciertamente la vigencia, o sea la existencia de los actos a los que se refiere. Pero esto es banalmente obvio. En efecto, no tendría sentido hablar de competencia para llevar a cabo actos inexistentes como son los actos privados de forma. Y como entre los requisitos de la forma está también la competencia, podrá hablarse de la ‘incompetencia’ como de un vicio formal de un acto, por ello inválido, cuando la competencia esté viciada; pero desde luego no podrá hablarse de ella, porque sería contradictorio, en caso de falta absoluta de competencia y por tanto de forma, y por tanto de existencia del acto. Es el ejemplo escolar de la sentencia emitida por un no juez. Pero es también el caso de la orden manifiestamente ilegítima de cometer un delito, o de una ley regional en

materia penal, o de una ley ordinaria aprobada, en un sistema bicameral, por una sola de las Cámaras¹⁶.

10.8. *Designaciones, votaciones, elecciones y nombramientos*

Como se ha dicho, las ‘normas de competencia’ son normas complejas en cuya definición se reproducen todos los elementos mediante los que he definido el concepto de ‘competencia’: el carácter tético-constitutivo de la competencia de los entes y/o de los órganos, hipotético-constitutivo de la competencia de sus funcionarios e hipotético-deóntico sobre la forma de los actos formales realizados por éstos en el ejercicio de las funciones atribuidas por tales normas. Como se ha visto, hay sin embargo una diferencia de estructura entre las definiciones de los dos conceptos que requiere ser ulteriormente analizada. Mientras que en la definición de ‘competencia’ (D10.10) el nexo entre la competencia de los entes (o de los órganos) y la competencia de los funcionarios se expresa mediante una disyunción, y por tanto por el uso de las mismas variables subjetivas, sin peligro de incurrir en confusión en la denotación de tales sujetos (w/z , en $STGw/z$), en la de ‘norma de competencia’ (D10.11) ese mismo nexo se expresa por una conjunción, y por tanto por el uso, para denotar las dos competencias y sus sujetos —la competencia de los entes (o de los órganos) y la de los funcionarios—, de dos pares distintos de variables subjetivas (r/z en $STGrz$ y w/z en $STGwz$).

Esta diferencia obedece al hecho de que de la *competencia* de los entes y/o de los órganos debe hablarse *disyuntivamente* de la de los funcionarios. En efecto, aunque coincidentes y previstas por las mismas normas las dos competencias son producidas por actos diferentes, al ser diferentes los sujetos a los que se refieren: la una por el acto normativo que establece el estatuto o razón social del ente o del órgano; la otra por actos singulares de designación cuya eficacia constitutiva viene rígidamente predispuesta por el propio estatuto del ente. Las *normas de competencia*, por el contrario, son *conjuntamente* normas tético-constitutivas de la competencia de las personas jurídicas y/o de sus órganos (T10.92) y normas hipotético-constitutivas de la competencia de los funcionarios (T10.93).

Se acredita de este modo la profunda diferencia de estructura que presenta la competencia de los funcionarios y la de los órganos (y entes) representados por ellos, y la consiguiente necesidad de distinguir netamente entre las dos clases de sujetos, confundidos sin embargo por las teorías organicistas. Tanto una como otra competencia son establecidas por las mismas normas constitutivas. Pero la competencia de los entes y órganos se identifica con estas mismas normas, y se encuentra por tanto téticamente constituida por sus fuentes. La de los funcionarios, en cambio, se encuentra solamente preconstituida por tales normas como efecto de un sucesivo acto constitutivo, pero no normativo sino singular.

La competencia del órgano «Presidente de la República italiana», por ejemplo, no es otra cosa que la titularidad de las funciones atribuidas al mismo por las normas de la Constitución (arts. 87-89) producidas por el acto constituyente; la competencia del señor Giorgio Napolitano, que desde 2006 desempeña esas funciones, pese a coincidir con la del órgano, ha sido constituida por el acto mediante el que fue elegido para dicho cargo.

Denomino ‘*designación*’ a este segundo tipo de acto: que es un acto constitutivo dado que no decide por sí mismo el ámbito y el alcance de la competencia del funcionario, pre-constituidos justamente como sus efectos por la norma hipotético-constitutiva de competencia del ente o del órgano.

D10.12 ‘*Designación*’ es el acto constitutivo de la competencia de un funcionario hipotéticamente preconstituida por la norma de competencia del ente o del órgano representado por él.

(x)(z)(DESxz \equiv ($\exists w$)($\exists r$)($\exists z'$)($\exists z''$)(ACOXw · CPZwz · FUZZz' · (PARz' v (ORGz'z'' · PARz'')) · NIPrw · NCOrw · NCPrw · CPZrz'))

Distinguiré dos clases de designaciones —entendida la expresión en sentido amplio, inclusivo también de las remociones y las modificaciones de la competencia— según que provengan de arriba o de abajo: los actos de *nombramiento* y los actos de *elección*. Los primeros son los actos de designación que dan vida a *funcionarios-comisarios*; los segundos son los que dan vida a *funcionarios-elegidos*, «representativos» (políticamente) de los electores además de «representantes» (jurídicamente) de los órganos en los que se hallan integrados. La distinción se funda, pues, en la diferente naturaleza de los sujetos de los que proviene la designación. Cuando éstos sean otros funcionarios del mismo órgano, estaremos ante un *nombramiento* desde arriba. Cuando en cambio se trate de los sujetos colectivos para la garantía de cuyos intereses, directos o indirectos, existe la institución, estaremos ante una *elección* desde abajo. El nombramiento es por tanto una designación intraorgánica, o sea, desde el interior; la elección es una designación por lo común extraorgánica, o sea, desde fuera de la institución. Es más: mientras que el nombramiento de los funcionarios, al ser realizado por otros funcionarios, supone siempre el ejercicio de una función discrecional, su elección, al tener origen en los sujetos cuyos mismos intereses son los que justifican la existencia del ente u órgano, es siempre el ejercicio de una potestad autónoma. En particular, como veremos en su momento, las elecciones de funcionarios representativos de instituciones públicas consisten en el ejercicio de esos particulares derechos que son los ‘derechos políticos’ o ‘de autonomía política’; en cambio, las de funcionarios representativos de instituciones privadas consisten en el ejercicio de los derechos que llamaré ‘derechos civiles’ o ‘de autonomía privada’.

Para definir ‘elección’ es necesario disponer de dos nuevos conceptos: el de ‘votación’ y el de ‘voto’. Podemos decir que una votación es un acto preceptivo colectivo, o sea, compuesto de varios actos de voto, tanto si éstos se expresan en el secreto de la urna, a mano alzada o mediante aclamación. Así pues, llamo ‘*votación*’ a cualquier acto preceptivo colectivo, ‘*votos*’ a los actos singulares que en conjunto forman una votación y ‘*elección*’ a la designación que tiene lugar por votación. La definición de nombramiento es bastante más simple: son ‘*nombramientos*’ todas las designaciones no electivas realizadas por otros funcionarios de la misma institución.

D10.13 ‘*Votación*’ es todo acto preceptivo colectivo consistente en un conjunto de actos preceptivos instrumentales al mismo.

$$(w)(x)(VOZwx \equiv (\exists y)(APRwy \cdot COLwx \cdot INSwx \cdot APRx \cdot ASTxw))$$

D10.14 ‘*Votos*’ son los actos preceptivos instrumentales que en su conjunto forman una votación.

$$(x)(w)(VOTxw \equiv (\exists y)(APRxy \cdot ASTxw \cdot INSwx \cdot VOZwx))$$

D10.15 ‘*Elección*’ es la designación del funcionario de una persona artificial o de uno de sus órganos, mediante votación llevada a cabo por el sujeto colectivo en cuyo interés están constituidos la persona artificial o el órgano.

$$(x)(z')(ELExz' \equiv (\exists w)(\exists z'')(DESxz' \cdot FUZZw \cdot (PARw \vee ORGw) \cdot VOZx \cdot AUTz''x \cdot SGGz'' \cdot COLz'' \cdot SOGz''y'' \cdot INTy''x'' \cdot CAUx''w)))$$

D10.16 ‘*Nombramiento*’ es la designación no electiva de un funcionario por obra de otro funcionario de la misma persona artificial o del mismo órgano.

$$(x)(z'')(NOMxz'' \equiv (\exists w')(\exists w'')(\exists z')(DESxz'' \cdot \neg ELExz' \cdot FUZZ'w' \cdot AUTz'x \cdot FUZZ'w' \cdot (PARw' \vee (ORGw'w'' \cdot PARw''))))$$

Disponemos así de una constelación de conceptos que en los próximos capítulos nos permitirá afrontar analíticamente el tema de las relaciones entre instituciones y sociedad, entre artificios y artífices, entre punto de vista interno y punto de vista externo al derecho. Se trata de un tema que, cuando va referido a las instituciones públicas y en particular al Estado, es uno y el mismo que el de la democracia. En efecto, también el Estado, al igual que las demás personas artificiales, no es más que una ficción, necesaria para mediar las relaciones entre las personas naturales de los ciudadanos y las personas naturales de los funcionarios públicos. En las modernas democracias constitucionales esta mediación viene asegurada por los derechos fundamentales sancionados en las constituciones: de un lado, por los derechos que llamaré ‘primarios’ —de libertad y sociales— y que no son más que los intereses y las expectativas cuya

garantía constituye la específica razón social del estado democrático de derecho; de otro, por los derechos que llamaré ‘secundarios’ —políticos y civiles— y que son las potestades en cuyo autónomo ejercicio consiste la elección de los representantes de los órganos representativos y, también, toda la dinámica de las relaciones entre particulares.

Estas dos clases de derechos, como veremos en el capítulo XII y en la parte cuarta, corresponden a las dos dimensiones —la sustancial y la formal— en que será articulada la democracia constitucional. En la Constitución italiana, por ejemplo, la primera dimensión aparece en los artículos que identifican la razón social de la República estableciendo que la misma está «fundada en el trabajo» (art. 1), «reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre» (art. 2), tiene la «función de remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad e igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana» (art. 3,2), «repudia la guerra como instrumento de ataque a los demás pueblos y como medio de resolución de las controversias internacionales» (art. 11) y garantiza todos los derechos de libertad y sociales establecidos en la primera parte. La segunda aparece expresada por los artículos que establecen que «la soberanía pertenece al pueblo» (art. 1) y que «son electores todos los ciudadanos, hombres y mujeres, que hayan alcanzado la mayoría de edad» (art. 48), así como por todas las normas de la segunda parte sobre el «ordenamiento de la República». De ahí resulta un modelo normativo de Estado como «público depósito», según la bella imagen de Beccaria, de las libertades¹⁷ y de los demás derechos sancionados por el pacto constitucional de convivencia.

10.9. *Los estatutos como normas de reconocimiento y/o razones sociales de las respectivas instituciones*

Las definiciones de las nociones de ‘función’, ‘funcionarios’, ‘competencia’ y ‘normas de competencia’ —conjuntamente con las formuladas en los capítulos anteriores de ‘norma de reconocimiento’, ‘razón social’, ‘normas formales’ y ‘normas sustantivas sobre la producción’— nos sitúan en condiciones de introducir una categoría fundamental para la teoría de las instituciones: la noción de ‘estatuto’ de una institución, que como se verá en el capítulo XII toma el nombre de ‘constitución’ en aquellas específicas y fundamentales instituciones que son las instituciones políticas originarias.

Normas formales y normas sustantivas, como ya se ha visto en el capítulo IX, son las normas que establecen, respectivamente, las condiciones de la vigencia y de la validez formal (D9.16, D9.18) y las condiciones de la validez sustancial (D9.19). Como se ha añadido, unas y otras son normas de grado superior a las normas o a las situaciones producidas por los actos cuya producción regulan (T9.100-T9.104): las primeras determinan las condiciones en cuya presencia reconocemos la re-

gularidad formal o cuando menos la existencia de los actos preceptivos y de sus correspondientes efectos; las segundas determinan los vínculos de contenido y por tanto los fines o los intereses a cuya satisfacción tales actos y las normas o las situaciones producidas están dirigidos.

No es difícil adscribir a estas dos clases de normas sobre la producción las normas que respectivamente fundan las dos dimensiones de las instituciones identificadas en los §§ 8.10-8.13: las normas de reconocimiento de los ordenamientos y las razones sociales de las personas jurídicas correspondientes. Obviamente no todas las normas formales son normas de reconocimiento, ni todas las normas sustantivas determinan la razón social de una institución. Al menos en las instituciones complejas, como son típicamente las estatales, la mayor parte de las normas sobre la producción, sean formales o sustantivas, pertenecen a niveles normativos inferiores a los que pertenecen su norma de reconocimiento y su razón social. Las normas de reconocimiento son sólo las normas formales sobre la competencia de los supremos órganos institucionales; la razón social es sólo la dictada por las normas sustantivas que establecen los fines de la institución en su conjunto; tanto unas como otra, en fin, se sitúan en el nivel normativo más alto de su ordenamiento.

Este conjunto de normas supremas es lo que bien podemos llamar el '*estatuto*' de una institución. Para definir este concepto —que cuando va referido a las instituciones producidas por el acto constituyente no es otra cosa que la '*constitución*' (D12.22), como acaba de decirse— resulta sin embargo necesario dar un paso atrás, y retomar el análisis del origen de las instituciones consideradas como personas. Ya se ha visto en el § 8.3 que las normas que prevén la institución de sujetos artificiales no siempre son también su normas constitutivas. A veces estas normas, como por ejemplo las de la Constitución italiana que prevén las Regiones y la Corte Constitucional, son al mismo tiempo normas deónticas, en el sentido de que generan la obligación de constituir tales sujetos, y normas institutivas, o sea hipotético-constitutivas (T8.50), en el sentido de que preconstituyen su composición y su competencia. En Italia, por ejemplo, la Corte Constitucional fue instituida en 1956 y las Regiones en 1970, o sea, ocho y veintidós años después de la emanación de la Constitución: antes de su institución sólo existía, pues, la obligación de instituir las según las normas constitucionales que las preveían y que por tanto eran también y en primer lugar normas deónticas.

Así pues, para que una norma sea constitutiva de una persona artificial no basta con que la prevea hipotéticamente. Es necesario que la constituya téticamente. ¿Y cuándo un acto normativo constituye téticamente una persona artificial? La respuesta a esta pregunta viene dada por la tesis según la cual las personas, y por tanto también las personas artificiales, están siempre dotadas de un estatus jurídico (T7.5) que es justamente su personalidad (D7.2), no existiendo personas que estén privadas de tal estatus (T7.6). Ello quiere decir que una persona artificial es instituida téticamente cuando interviene un acto normativo que

constituye su *status personae*. En efecto, la existencia de una persona artificial —a diferencia de la que se predica de las personas naturales, que es una existencia natural por completo independiente de la personalidad que les es adscrita en el momento de su nacimiento natural— es justamente una existencia artificial, generada por el acto que es su causa (D7.6, T7.48) y que es el mismo acto que constituye su estatus jurídico de persona.

Pues bien, es precisamente el *estatuto* el que contiene las normas constitutivas del *status personae* de un ente artificial y, conjuntamente, de su propia existencia como persona, además de como ordenamiento y como institución. También ‘estatuto’, igual que ‘institución’, es por tanto un concepto complejo y ambivalente. Según la definición ofrecida por ejemplo en el artículo 16 del Código Civil italiano, contiene tanto «la denominación del ente, la indicación de la finalidad, del patrimonio y de la sede» como «las normas sobre el ordenamiento y sobre la administración»: en pocas palabras, por lo tanto, contiene la definición del ente en relación, como se ha dicho al final del § 10.6, tanto con su aspecto sustancial o teleológico, representado por su finalidad o razón social en cuanto persona, como con su aspecto formal o instrumental, representado por las normas de competencia o de reconocimiento del correspondiente ordenamiento. Se trata, como es evidente, de la misma ambivalencia que ya se ha visto a propósito de la concepción de la institución sea como persona, sea como ordenamiento: una ambivalencia, por otro lado, que debe ser explicitada, sin que por ello se transforme en ambigüedad, es decir, en la confusión entre las dos dimensiones.

Lamaré por lo tanto ‘estatuto’ al conjunto de las normas sobre la producción nacidas del acto institutivo de una institución y consistentes de un lado en sus normas de reconocimiento, o sea, en las normas formales sobre la competencia de sus órganos y, de otro lado, en las normas que establecen su razón social, esto es, la garantía de las expectativas establecidas por sus normas sustantivas.

D10.17 ‘Estatuto’ es el conjunto de las normas sobre la producción generado por el acto institutivo de una institución, que incluye, como normas de reconocimiento del correspondiente ordenamiento, las normas de competencia que presiden la aplicación de sus normas formales, y, como razón social de la correspondiente persona artificial, las garantías de las expectativas establecidas por sus normas sustantivas.

$$(w)(z)(STTwz \equiv ((\exists r)(\exists r'')(\exists x)(INSwr' \cdot INSwr'' \cdot NPRr' \cdot NPRr'' \cdot \\ EFFwx \cdot EFFr'x \cdot EFFr''x \cdot AISxz \cdot ISZz) \cdot (r')(((NRIr'z \cdot ORDz) \equiv \\ (\exists r'')(NCPrr'' \cdot M(\exists x')APLx'r'' \cdot NFOR'')) \cdot ((RASr'z \cdot PARz) \equiv \\ (\exists r'')(GARrr'' \cdot NSOr' \cdot ASPr'' \cdot NSOr''))))))$$

Hemos formulado así una definición de ‘estatuto’ que refleja (T10.100) y al mismo tiempo permite resolver la ambivalencia de la noción de ‘institución’, definida en su momento como ordenamiento o

como sujeto jurídico (D8.15, T8.111, T8.115). La primera y banal consecuencia que se deduce de ello es que el estatuto es producido por el acto institutivo simultáneamente a la respectiva institución, ya sea ésta contemplada como ordenamiento o como sujeto jurídico (T10.101)¹⁸. Evidentemente casi nunca se trata de una única norma, sino de un articulado texto normativo que forma parte de las que la doctrina llama «fuentes de conocimiento» y que contiene un conjunto de normas sobre la producción¹⁹: de un lado las normas formales y de otro las normas sustantivas (T10.102).

T10.100 (w)(z)(STTwz \rightarrow (ISZz \cdot (ORDz v SGGz))) D10.17, T8.111

T10.101 (w)(z)(STTwz \rightarrow (\exists x)(EFFwx \cdot AISxz \cdot ISZz \cdot (ORDz v SGGz))) D10.17, T8.111

T10.102 (w)(z)(STTwz \rightarrow (\exists r)(INSwr \cdot NPRr \cdot (NFOR v NSOr))) D10.17, T9.86

Pues bien, la ambivalencia de nuestra noción de institución se explica y al propio tiempo da cuenta del hecho de que la institución como ordenamiento y la institución como sujeto o persona jurídica se subordinan a estas dos clases diferentes —las normas formales y las sustantivas— de normas estatutarias sobre la producción. Son en efecto normas formales las normas del estatuto que sirven como normas de reconocimiento de la institución considerada como ordenamiento (T10.103), estableciendo las formas de las fuentes de las normas pertenecientes al mismo. Son en cambio normas sustantivas las que expresan la razón social de esa misma institución considerada como persona artificial (T10.104), perfilando su identidad a través de las expectativas que viene obligada a garantizar. Las normas del primer tipo son normas deónticas de competencia (T10.105); las del segundo tipo son normas deónticas de garantía (T10.106). Concretamente, las normas de reconocimiento de un ordenamiento establecidas por su estatuto son las normas de competencia en lo tocante a las funciones de los órganos encargados de la producción jurídica a través de la aplicación de las normas formales establecidas en el propio estatuto (T10.107). A su vez, la razón social asignada a una persona artificial por su estatuto consiste en la garantía de las expectativas estipuladas por sus normas sustantivas como los fines para los que ha sido instituida (T10.108). Y dado que, como sabemos, la razón social identifica el estatus subjetivo de las instituciones generadas por su acto institutivo (D8.14, T8.102-T8.103), de ahí se deriva que es precisamente en tal garantía, y por tanto en las funciones a tal fin atribuidas a su competencia (T10.58), en lo que reside la razón social de toda persona artificial (T10.109), o sea, su personalidad o identidad jurídica (T10.110).

T10.103 (r)(w)(z)((NPRr \cdot STTwz \cdot NRlrz \cdot ORDz) \rightarrow NFOR) D10.17, T10.99

T10.104 (r)(w)(z)((NPRr \cdot STTwz \cdot RASrz \cdot PARz) \rightarrow NSOr) D10.17

T10.105 (r')(w)(z)((NPRr' \cdot STTwz \cdot NRlr'z \cdot ORDz) \rightarrow (\exists r'')(NDER' \cdot NFOR' \cdot NCPrr'')) D10.17, T10.99, D9.11

T10.106	$(r')(w)(z)((NPRr' \cdot STTwz \cdot RASr'z \cdot PARz) \rightarrow (\exists r'')(NDER' \cdot NSOr' \cdot GARr'r'' \cdot NSOr''))$	D10.17, D9.12
T10.107	$(w)(z)(STTwz \rightarrow (r')((NRIr'z \cdot ORDz) \equiv (\exists r'')(NCP'r'r'' \cdot M(\exists x)APLxr'' \cdot NFOR''))))$	D10.17
T10.108	$(w)(z)(STTwz \rightarrow (r')((RASr'z \cdot PARz) \equiv (\exists r'')(GARr'r'' \cdot NSOr' \cdot ASP'r'' \cdot NSOr''))))$	D10.17
T10.109	$(r)(z)(w)((RASr'z \cdot PARz \cdot INSwr \cdot STTwz) \rightarrow (\exists y)(GARry \cdot ASPy \cdot NSOy \cdot NSOr \cdot INSwr))$	T8.108
T10.110	$(r)(y)(w)(z)((GARry \cdot ASPy \cdot RASr'z \cdot STGrz \cdot NSOy \cdot INSwy \cdot STTwz \cdot PARz) \rightarrow PTArz)$	T8.103

Así, el estatuto viene a configurarse como la norma fundamental de la respectiva institución: como la norma de reconocimiento del correspondiente ordenamiento y al mismo tiempo como la razón social de la correspondiente persona jurídica. En cuanto *norma de reconocimiento* es la norma (o el conjunto de normas) de competencia que establece y distribuye las funciones de poder de cuyo ejercicio depende el funcionamiento del ordenamiento. En cuanto *razón social* es la norma (o el conjunto de normas) que identifica las funciones de garantía de la correspondiente persona jurídica y con ellas su personalidad jurídica y, por así decirlo, su tarjeta de identidad. Y estas dos normas, a su vez, sirven para fundar, respectivamente, la dimensión *formal* y la dimensión *sustancial* de la validez de los actos preceptivos pertenecientes a la institución y de la legitimidad de los efectos por ellos alcanzados²⁰.

Todo esto vale para cualquier institución, pública o privada, y para los respectivos entes y ordenamientos. Vale para las sociedades mercantiles, cuya razón social es la finalidad de lucro y cuyas normas de reconocimiento son las que establecen las competencias de los distintos órganos societarios. Vale para los diferentes entes públicos, caracterizados a su vez por las distintas finalidades o razones sociales para las que son instituidos y por las normas de competencia que permiten el reconocimiento de los actos preceptivos y de los efectos pertenecientes a los respectivos ordenamientos. Pero es claro que vale, en particular, para esas instituciones originarias que son las instituciones políticas, comenzando por el Estado, cuyo estatuto, como veremos en el capítulo XII, no es sino su constitución: la cual establece, pues, tanto las normas de reconocimiento del ordenamiento estatal, del que identifica y regula los órganos constitucionales, como la razón social del Estado, o sea, su identidad como persona jurídica. Las normas de competencia formuladas en la Constitución italiana, por ejemplo, al regular las formas de producción de las leyes y por tanto sus condiciones de existencia, son las normas de reconocimiento, no sólo de las leyes, sino de todas las demás normas subordinadas a éstas y por lo tanto del *ordenamiento italiano*. Las normas constitucionales sustantivas, en cambio, al establecer principios y derechos fundamentales como parámetros de validez sustancial del ejercicio de los poderes públicos, son las normas que expresan la razón social del *Estado italiano*. Las primeras, como se ha mostrado en los §§ 9.16

y 9.17, fundan la *dimensión nomodinámica* o *sintáctica* de las instituciones, que en las democracias constitucionales, como se verá analíticamente en la parte cuarta, corresponde a su dimensión formal. Las segundas fundan en cambio su *dimensión nomoestática* o *semántica*, que a su vez corresponde, en esas mismas democracias, a su dimensión sustancial.

Esta segunda dimensión es la que deberemos analizar más adelante, con particular atención a los parámetros de validez sustancial establecidos en las modernas constituciones por los derechos fundamentales. Antes, sin embargo, es necesario avanzar en nuestro análisis de los distintos tipos de situaciones; comenzando justamente por la figura del ‘derecho subjetivo’ —una de las más importantes, complejas y problemáticas de la teoría— y por sus correspondientes ‘garantías’.

10.10. *La construcción moderna del concepto de derecho subjetivo. Propiedad y libertad*

Al inicio de este capítulo he incluido los *derechos subjetivos* entre las situaciones pasivas, si bien en algunos casos también entre las activas. Con esa primera y sumaria caracterización he pretendido decir que todas las situaciones comúnmente configuradas como derechos son situaciones *solamente* pasivas, o sea, consistentes sólo en expectativas positivas o negativas, o situaciones *también* pasivas además de activas, o sea, consistentes tanto en expectativas como en modalidades. La distinción entre situaciones activas y pasivas no es en efecto, como se dijo en el § 6.9, una distinción tipológica, pudiendo ambas figuras aparecer simultáneamente en situaciones llamadas «moleculares». De otro lado, el concepto de expectativa, como el de situación pasiva, es un concepto nuevo, no perteneciente al léxico jurídico tradicional; por consiguiente, la caracterización de todos los derechos subjetivos (sólo o también) por medio del mismo se mantiene como una hipótesis de trabajo que verificar. De aquí la necesidad de un análisis que ponga a prueba tal hipótesis y que permita completarla con la identificación de las ulteriores características idóneas para reunir y, por otro lado, para diferenciar los distintos tipos de derechos como especies del mismo género.

En la construcción moderna de la noción de ‘derecho subjetivo’ han confluído, sin llegar nunca a amalgamarse unitariamente, dos tradiciones culturales profundamente distintas y heterogéneas entre sí: de un lado, las doctrinas iusnaturalistas y contractualistas de los «derechos naturales» de los siglos XVII y XVIII, que forman la base del constitucionalismo moderno y de la teoría del estado constitucional de derecho y de los derechos fundamentales; de otro, la vieja tradición romano-civilista del derecho de propiedad y de los demás derechos patrimoniales, reelaborada por la ciencia jurídica del XIX, primero por la privatista y luego por la iuspublicista. El encuentro de estas dos tradiciones ha sido favorecido por los significados expansivos y redundantes, hasta confundirse el uno

con el otro, asociados en el léxico jurídico y filosófico tanto a «propiedad» como a «libertad». Y se ha producido, en los orígenes del derecho moderno, a través de una serie de operaciones teórico-políticas —en parte doctrinales, en parte institucionales— orientadas a la sobrelegitimación política y moral de la propiedad como fundamento y corolario de la libertad.

La primera operación se remonta a John Locke, que repetidamente cifra en la vida, la salud, la libertad y la propiedad los bienes, igualmente tutelados por la «ley de la naturaleza», a cuya conservación se endereza el Estado²¹. El primer paso en esa dirección es la identificación del primero y más inmediato objeto de la propiedad con la propia persona: «Aunque la tierra y todas las criaturas inferiores pertenecen en común a todos los hombres», escribe Locke, «cada hombre tiene, sin embargo, la propiedad de su propia persona; y a esa propiedad nadie tiene derecho excepto él mismo»²². En este sentido, la propiedad, estando referida a la «propia persona», claramente forma un todo con la libertad y, aún antes, con la identidad personal. Su proclamación representa por sí misma una afirmación radical y revolucionaria de libertad, contraria a la esclavitud y a toda indebida violación del cuerpo, no distinta de la que será expresada por John Stuart Mill con la célebre frase «sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano»²³. Pero esa identificación tiene lugar aplicando a la persona el lenguaje patrimonial y propietario. Y sirve por consiguiente para fundar el segundo paso de Locke, que es la derivación a partir de la propiedad de sí mismo, como *immunitas* frente a lesiones o constricciones, tanto de la libertad como *facultas agendi* como de la propiedad como *potestas* sobre las cosas: si cada uno es propietario de su propio cuerpo, entonces también es propietario de sus acciones, esto es, de su trabajo y por lo tanto de los frutos de su trabajo. No se trata de bienes distintos o distinguibles: «vida, libertad y posesiones», concluye Locke, «eso es a lo que doy el nombre genérico de propiedad»²⁴. De esta forma, la idea de la propia persona como «propiedad» sirve para fundar la centralidad de la propiedad en el liberalismo lockeano y toda su doctrina de la identidad, la libertad y los demás derechos fundamentales como otras tantas formas de propiedad.

La segunda operación ha sido la constitucionalización y por tanto la positivación de la propiedad, en el sentido genérico ya indicado, como derecho natural. «El fin de toda asociación política», proclamó el artículo 2 de la Declaración francesa de 1789, «es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad y la resistencia a la opresión». Y trece años antes la Declaración de derechos de Virginia había afirmado en su primer artículo: «Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos naturales [...], a saber: el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad». La asociación entre propiedad y

libertad recibe así una consagración constitucional, tanto más poderosa cuanto que ambos derechos aparecen calificados como «naturales» o «innatos», aun cuando sean establecidos en las propias Declaraciones.

Finalmente, si en la cultura anglosajona propiedad y libertad siguieron siendo concebidas como derechos preexistentes al artificio estatal y sólo reconocidos y tutelados por éste, en la cultura alemana e italiana la aporía de su estatuto al mismo tiempo natural y constitucional viene resuelta con la afirmación de su carácter enteramente positivo. Pero el resultado no cambia. En particular, los derechos de libertad aparecen caracterizados como «derechos públicos subjetivos», «efectos reflejos» del derecho soberano del Estado²⁵ y al mismo tiempo subsumidos en la categoría general del «derecho subjetivo», concebido a su vez por Savigny y Windscheid, exactamente igual que por Locke, como «dominio de la voluntad» sobre la «propia persona» y al mismo tiempo sobre el «mundo externo» de los propios bienes, según el modelo privatista y romanista del derecho de propiedad como «imperio exclusivo y absoluto de una persona sobre una cosa»²⁶.

Se explica así que la idea lockeana de la propiedad sobre sí mismos haya sido asumida por los modernos defensores de la ausencia de límites a la libertad de mercado como «el axioma fundamental de la teoría *libertarian*»²⁷. Y se explica al mismo tiempo cómo en el único y amplísimo recipiente del derecho subjetivo, ya sea producto de la potestad negocial o de la potestad legislativa, han sido fundidas figuras estructuralmente opuestas y procedentes de tradiciones históricas diferentes: desde los derechos reales, el primero de ellos la propiedad, que son potestades ejercidas por actos de disposición, además de por comportamientos de uso, y pertenecientes de forma exclusiva a sus titulares, hasta los derechos de crédito, que son expectativas positivas que comparten con los anteriores el carácter privado, exclusivo y disponible; desde los derechos civiles y políticos, que al igual que los reales son situaciones activas consistentes en potestades pero que a diferencia de ellos son indisponibles y reconocidos universalmente a todos en cuanto capaces de obrar y/o ciudadanos, hasta todos los demás derechos fundamentales y universales, desde las libertades fundamentales, que no son poderes al no ser ejercidos mediante actos jurídicos, a los derechos sociales, consistentes en expectativas positivas de prestaciones vitales.

Tal cúmulo de significados heterogéneos ha hecho dudar a veces de la consistencia lógica y semántica del concepto²⁸ y acaso aconsejaría su abandono y la redefinición, con términos nuevos y diferentes, de las múltiples y variadas figuras designadas por el mismo. Cuando menos, justificaría la adopción de dos palabras distintas para designar dos clases de derechos —los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales— que como veremos en el próximo capítulo no sólo son diferentes sino opuestos por estructura, contenidos y presupuestos. Pero esto no es posible sin tropezar con usos lingüísticos fuertemente consolidados no sólo en el lenguaje jurídico sino también en el político y común.

Así pues, no hay más remedio que proceder a un inventario de todos los usos corrientes del término «derecho subjetivo», en busca de algún requisito compartido por todos que sirva para fundar una redefinición lo más completa y rigurosa posible. Será necesario proceder luego, dentro del campo de denotación así redefinido, a una larga serie de distinciones entre los diferentes tipos de derechos subjetivos en función de *a)* las figuras deónticas en que consisten, *b)* los tipos de actos que tienen por objeto, *c)* las garantías que a ellos corresponden, *d)* el carácter singular o universal de su titularidad y de la titularidad de las correspondientes garantías. La redefinición de ‘derecho subjetivo’ será propuesta en el próximo párrafo. A partir de ella formularé, en el § 10.12, una tipología general de todos los derechos, distinguidos según sus objetos y las figuras deónticas en que consisten. Analizaré después, en los §§ 10.13 y 10.14, las relaciones jurídicas entre los derechos y los deberes que son sus garantías, distinguiendo unos y otros en universales y singulares, según el carácter universal (*omnium*) o singular (*singuli*) de sus titulares, y en absolutos o relativos según el carácter universal (*erga omnes*) o singular (*erga singulum*) de los titulares de las situaciones a ellos correspondientes. Será ya en el próximo capítulo donde formularé la distinción estructural —la más importante en el plano teórico— entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales en función del carácter universal de los primeros y singular de los segundos, así como las tipologías de unos y otros resultantes de la aplicación a su esfera de la tipología general.

10.11. Una redefinición de ‘derecho subjetivo’

Un inventario de los usos corrientes en el lenguaje jurídico del término «derecho subjetivo» pone de relieve la existencia de cuatro tipos de derechos: *a)* los *derechos-potestad*, que consisten en facultades de actos preceptivos, y por tanto en poderes, justamente potestativos: de forma emblemática el derecho de propiedad, que puede ser ejercido mediante actos negociales de disposición o de intercambio; *b)* los *derechos-facultad*, que consisten en facultades de mero comportamiento, como son ante todo las clásicas libertades fundamentales: de opinión, expresión, asociación, reunión, circulación y similares; *c)* los *derechos-inmunidad*, que consisten solamente en expectativas negativas de no violación, como los derechos a la vida, a la libertad personal, a la integridad física y, además, a la paz, a la defensa del medio ambiente y similares; *d)* los *derechos-pretensión*, que son expectativas positivas de prestaciones, como los derechos de crédito y los derechos sociales. Podemos expresar este inventario con la siguiente suma lógica.

$$(i) (y)(DIRy \rightarrow (M(\exists x)(PTS_{yx} \cdot DECx) \vee M(\exists x)(FAC_{yx} \cdot COMx) \vee M(\exists x)(ASPy \perp x \cdot ATTx) \vee M(\exists x)(ASPyx \cdot ATTx)))$$

De estas cuatro categorías, la primera está formada por potestades, y por tanto está incluida en la segunda dado que las potestades consisten siempre en facultades (T10.48). Además, tanto la primera como la segunda están indefectiblemente asociadas a la tercera, dado que las facultades en que consisten comportan siempre expectativas negativas de que otros no las impidan o perturben su ejercicio. La cuarta, en fin, es una expectativa positiva. El elemento que unifica a todas parece ser, pues, según la hipótesis de trabajo aquí formulada, su carácter de *expectativas*: positivas en el caso de los derechos-pretensión; negativas en el caso de los derechos-inmunidad, pero también en el de los derechos-potestad y los derechos-facultad. Reconocer y garantizar a alguien un derecho quiere decir, en todos los casos, asegurar su tutela —de su integridad, de las necesidades subyacentes al mismo, o de su esfera de acción o decisión— a través de la prohibición o de la obligación de un comportamiento ajeno.

Pero éste es sólo el primer paso en dirección a la reconstrucción del concepto de derecho subjetivo: la identificación de una característica necesaria pero desde luego no suficiente. Como veremos, también es una expectativa la responsabilidad, que consiste en el sometimiento a sanciones por un acto ilícito, así como la anulabilidad, que es la expectativa de anulación de un acto inválido. Una definición satisfactoria de nuestro concepto, si queremos distinguirlo de otras figuras de situaciones pasivas, requiere por lo tanto la exacta determinación de los objetos de las expectativas positivas o negativas en las que consisten los distintos tipos de derechos. Ayuda en este sentido el concepto primitivo de '*interés*', que proporciona a la noción de derecho subjetivo una base material y una connotación sustancial. Concretamente, llamaré '*prestaciones*' a todos los actos en cuya comisión exista un interés (positivo); y '*lesiones*', por el contrario, a todos los actos en cuya omisión exista un interés (negativo).

D10.18 '*Prestación*' es todo acto cuya comisión sea objeto de un interés.

$(x)(y)(PRTxy \equiv (ATTx \cdot INTyx))$

D10.19 '*Lesión*' es todo acto cuya omisión sea objeto de un interés.

$(x)(y)(LESxy \equiv (ATTx \cdot INTy \perp x))$

Como es evidente se trata de dos figuras opuestas y simétricas. Ambas son en efecto objeto de un interés: *positivo* (o en la comisión) en relación con las prestaciones que consisten en lo que en el § 3.8 he llamado '*ventajas*' (T10.111); y *negativo* (o en la omisión) en relación con las lesiones que consisten en cambio en lo que entonces llamé '*desventajas*' (T10.112). En otras palabras, las prestaciones son actos correspondientes (T10.113) mientras que las lesiones son actos contrarios (T10.114) a los intereses de los sujetos que las reciben²⁹.

T10.111	$(x)(y)(\text{PRT}_{xy} \rightarrow \text{VAN}_x)$	D10.18, D3.9
T10.112	$(x)(y)(\text{LES}_{xy} \rightarrow \text{SVA}_x)$	D10.19, D3.10
T10.113	$(x)(y)(\text{PRT}_{xy} \rightarrow (\exists z)(\text{ATT}_x \cdot \text{INT}_{yx} \cdot \text{SOG}_{zy}))$	D10.18, P4
T10.114	$(x)(y)(\text{LES}_{xy} \rightarrow (\exists z)(\text{ATT}_x \cdot \text{INT}_{y\perp x} \cdot \text{SOG}_{zy}))$	D10.19, P4

Estas dos nociones, junto con las de expectativa positiva y expectativa negativa, son en mi opinión suficientes, además de necesarias, para definir todos los derechos subjetivos: no sólo los «derechos-pretensión», que consisten en expectativas positivas de prestaciones, y los «derechos-inmunidad», que consisten en expectativas negativas de no lesión, sino también los «derechos-facultad» y los «derechos-potestad», que igualmente son siempre, además de *facultates-agendi*, expectativas de omisión de interferencias o de impedimentos, o sea, de lesiones por parte de otros. Por ejemplo, el derecho real de propiedad consiste en el derecho no sólo *utendi atque abutendi*, sino también —y diría que sobre todo— *excludendi alios*: que quiere decir la expectativa de que otros no violen la propiedad y por tanto la prohibición de las eventuales violaciones o perturbaciones de la misma como actos ilícitos sometidos a sanciones. Análogamente los derechos de libertad son derechos y no meras facultades en la medida en que están asociados a la expectativa de no lesión por parte de los demás sujetos, públicos o privados, a quienes corresponden las prohibiciones correlativas. Por lo tanto es posible reducir todos los *derechos subjetivos* a expectativas positivas de realización de prestaciones o a expectativas negativas de omisión de lesiones —estén o no asociadas a facultades o a poderes— y en consecuencia definir el concepto de ‘derecho subjetivo’ simplemente como la suma lógica de unas y otras.

D10.20 ‘Derecho (subjetivo)’ es toda expectativa de prestaciones o de no lesiones.

$(y)(\text{DIR}_y \equiv \text{M}(\exists x)((\text{ASPy}_x \cdot \text{PRT}_{xy}) \vee (\text{ASPy}_{\perp x} \cdot \text{LES}_{xy})))$

Pero, como se ha dicho, prestaciones y lesiones son objetos de intereses, respectivamente positivos y negativos. De donde se deriva que los derechos equivalen, a su vez, a las expectativas y al mismo tiempo a los intereses en la realización de prestaciones o en la omisión de lesiones (T10.115). Son, más simplemente, los intereses en la realización o en la omisión de actos jurídicos reconocidos y tutelados como expectativas jurídicas (T10.116), estén o no asociados a facultades o a potestades.

T10.115	$(y)(\text{DIR}_y \equiv \text{M}(\exists x)((\text{ASPy}_x \cdot \text{INT}_{yx} \cdot \text{PRT}_{xy}) \vee (\text{ASPy}_{\perp x} \cdot \text{INT}_{y\perp x} \cdot \text{LES}_{xy})))$	D10.20, D10.18, D10.19
T10.116	$(y)(\text{DIR}_y \equiv \text{M}(\exists x)((\text{INT}_{yx} \cdot \text{ASPy}_x \cdot \text{ATT}_x) \vee (\text{INT}_{y\perp x} \cdot \text{ASPy}_{\perp x} \cdot \text{ATT}_x)))$	D10.20, D10.18, D10.19

En suma, ‘derecho’ es una situación pasiva (T10.117) consistente en la expectativa de ventajas o de no desventajas para su titular (T10.118).

Aparece siempre que expectativa e interés, sea en la realización o en la omisión de un acto jurídico por parte de otros, coinciden en el mismo sujeto. En este sentido bien puede decirse que ‘derecho’ es todo *interés jurídicamente protegido* por su calificación como expectativa en la realización o en la omisión de actos, en el primer caso obligatorios y en el segundo prohibidos como inválidos o como ilícitos (T10.119).

T10.117 (y)(DIRy \rightarrow (SITy \cdot SIPy)) T10.116, D6.4, T6.62

T10.118 (y)(DIRy \rightarrow M(\exists x)((ASPyx \cdot VANx) \vee (ASPy \perp x \cdot SVAx)))
D10.20, T10.111, T10.112

T10.119 (y)(DIRy \equiv M(\exists x)((INTyx \cdot ASPyx \cdot ATTx \cdot OBBx) \vee (INTy \perp x \cdot ASPy \perp x \cdot ATTx \cdot VIEEx))) T10.116, T2.60, T2.61, D2.4, D2.5

Pero, como sabemos, a las expectativas corresponden obligaciones o prohibiciones (T2.60, T2.61) a cargo de otros sujetos que se hallan en relación deóntica con quienes son titulares de aquéllas (T3.31, T3.33). Más exactamente, al identificarse tales obligaciones o prohibiciones con sus garantías (T3.36), a las expectativas corresponden las respectivas garantías (T3.42, T3.43). Por consiguiente, también a los derechos corresponden obligaciones o prohibiciones correlativas a las expectativas positivas o negativas en que consisten (T10.120): obligaciones de prestación cuando consistan en expectativas positivas (T10.121); prohibiciones de lesión cuando consistan en expectativas negativas (T10.122). La definición aquí propuesta equivale, pues, a la de Hans Kelsen del derecho subjetivo como «el correlato de un deber»³⁰. Es cierto que de esta correlación entre derechos y deberes correspondientes, o entre derechos y garantías, se proporcionará en los §§ 10.16 y 10.19 una interpretación diferente —deóntica y no óntica, como *principium iuris*, aunque no *in iure*— a la ofrecida por Kelsen y por la mayor parte de los teóricos del derecho. La noción teórica del derecho subjetivo es sin embargo la misma. Diremos en efecto que el derecho subjetivo es identificable con cualquier interés jurídicamente tutelado por el deber de otros de respetarlo (T10.123); o, lo que es lo mismo, por la garantía representada por la obligación de satisfacerlo o por la prohibición de violarlo (T10.124) que se imputan a otros sujetos en relación jurídica con su titular (T10.125, T10.126).

T10.120 (y')(DIRy' \rightarrow (M(\exists x)(\exists y'') (ASPy'x \cdot OBLy''x \cdot PRTxy') \vee M(\exists x)(\exists y'') (ASPy' \perp x \cdot DIVy''x \cdot LESxy')))) T10.115, T2.60, T2.61

T10.121 (y')(DIRy' \rightarrow (x)((ASPy'x \cdot PRTxy') \rightarrow (\exists y'') (OBLy''x \cdot PRTxy')))) T2.60

T10.122 (y')(DIRy' \rightarrow (x)((ASPy' \perp x \cdot LESxy') \rightarrow (\exists y'') (DIVy''x \cdot LESxy')))) T2.61

T10.123 (y')(DIRy' \equiv M(\exists x)(\exists y'') ((INTy'x \cdot ASPy'x \cdot OBLy''x \cdot PRTxy') \vee (INTy' \perp x \cdot ASPy' \perp x \cdot DIVy''x \cdot LESxy')))) T10.115, T2.60, T2.61

T10.124 (y')(DIRy' \equiv (\exists y'') (GARy'y' \cdot M(\exists x)((INTy'x \cdot ASPy'x \cdot OBLy''x \cdot PRTxy') \vee (INTy' \perp x \cdot ASPy' \perp x \cdot DIVy''x \cdot LESxy')))) T10.123, D3.5, T3.35

$$\begin{aligned}
 &T10.125 \ (z')(y')(x)((TITz'y' \cdot DIRy' \cdot (ASP'y'x \vee ASP'y'\perp x) \cdot ATTx) \rightarrow \\
 &\quad (\exists z''(\exists y'')(IMPz''y'' \cdot (OBLy''x \vee DIVy''x) \cdot ATTx)) \quad T10.117, T6.66, T6.67, T3.22 \\
 &T10.126 \ (z')(y')(x)((SGGz' \cdot TITz'y' \cdot DIRy' \cdot (ASP'y'x \vee ASP'y'\perp x) \cdot ATTx) \rightarrow \\
 &\quad (\exists z''(\exists y'')(RAGz''z'' \cdot SGGz'' \cdot IMPz''y'' \cdot SIAy'' \cdot (OBLy''x \vee DIVy''x) \cdot \\
 &\quad ATTx \cdot GARY''y'')) \quad T10.117, T7.60, T7.62, T3.36, T3.22
 \end{aligned}$$

De otro lado, como se ha dicho, el hecho de que los derechos sean siempre situaciones pasivas no impide que algunos de ellos puedan ser también, en su composición molecular, situaciones activas, o sea, derechos-potestad o derechos-facultad. Es el caso, de un lado, de todos los derechos civiles y políticos así como del derecho real de propiedad, que sin duda son también potestades para realizar actos jurídicos, como adquirir, vender, votar o similares; de otro, de los derechos de libertad, que son asimismo facultades ejercidas no por actos jurídicos sino por meros comportamientos. Pero es justamente el hecho de estar asociados a expectativas negativas de no lesión lo que hace de estas potestades o facultades derechos subjetivos, o sea, «permisos fuertes» porque consisten en situaciones jurídicas protegidas por las garantías representadas por los correspondientes deberes. Si no fuesen ante todo expectativas y no comportasen las correspondientes garantías, tales figuras serían «permisos débiles», o sea, simples facultades extrajurídicas (por ejemplo, el permiso de fumar, o de aparcar un automóvil al lado de la acera), siempre susceptibles de legítimas limitaciones o negaciones³¹. Es así como nuestra definición conjuga las dos concepciones tradicionales y comúnmente contrapuestas del derecho subjetivo: la del derecho como *facultas agendi* y la del derecho como *interés jurídicamente protegido*³². Todos los derechos son intereses protegidos por imperativos a cargo de terceros, incluso los consistentes en facultades o potestades, que son igualmente intereses en la libertad y en la autodeterminación inmunes frente a legítimas perturbaciones de otros.

Es preciso añadir finalmente que en virtud de nuestro postulado P14 los derechos, al ser situaciones pasivas, nunca son constituyentes (T10.127) sino que son siempre constituidos (T10.128). En otras palabras, no existen derechos «naturales» o no positivos: todos los derechos, incluidos los que llamaré ‘fundamentales’, son «puestos» o producidos por actos preceptivos y sometidos por ello al principio de legalidad. En concreto, son dispuestos por normas tético-deónticas o predispuestos por normas hipotético-deónticas (T10.129); son situaciones dotadas de la misma universalidad que las normas en que consisten o son situaciones singulares que las normas predisponen como efectos de actos a su vez singulares; en pocas palabras, como se dirá en el próximo capítulo, son derechos fundamentales o son derechos patrimoniales. Lo mismo vale para las obligaciones y prohibiciones correspondientes a los derechos como sus garantías: que a su vez podrán ser diferenciadas según que sean normas téticas, o sea, situaciones normativas universales, como

por ejemplo las prohibiciones penales, o por el contrario normas hipotéticas, o sea, situaciones singulares, como por ejemplo las obligaciones civiles, producidas por actos igualmente singulares (T10.130).

T10.127 (y)(DIRy \rightarrow (SITy \cdot \neg COSy))	T10.117, T6.80
T10.128 (y)(DIRy \rightarrow (\exists x)(EFFyx \cdot ATTx))	T10.117, T6.81
T10.129 (y)(DIRy \rightarrow ((NTEy \cdot NDEy) \vee (\exists r)(NIPr \cdot NDEr \cdot REGry)))	T10.127, T8.74
T10.130 (y')(DIRy' \rightarrow (\exists y'')(GARy''y' \cdot SIAy'' \cdot (OBLy'' \vee DIVy'')) \cdot ((NTEy'' \cdot NDEy'') \vee (\exists r)(NIPr \cdot NDEr \cdot REGry'')))	T10.124, T10.113, T10.114, T6.63, T6.80, T8.74

A partir de aquí podremos por tanto desarrollar una clasificación de los derechos articulada sobre dos órdenes de distinciones conectadas entre sí de distintos modos: *a)* las distinciones entre *derechos positivos* y *derechos negativos*, diferenciados estos últimos a su vez en *derechos-inmunidad*, *derechos-facultad* y *derechos-potestad*, y por otro lado entre *derechos pasivos* y *derechos activos*, dependiendo de los tipos de actos, comisivos u omisivos, que constituyen su actuación o del hecho de que consistan sólo en expectativas o también en facultades o en potestades; *b)* las distinciones entre *derechos universales* y *derechos singulares* y entre *derechos absolutos* y *derechos relativos*, atendiendo a la esfera, universal o existencial, respectivamente de los sujetos que son titulares de los mismos y de los que son titulares de las obligaciones o prohibiciones correspondientes. A partir de estas distinciones será luego posible elaborar en el próximo capítulo una teoría y una tipología aún más importantes: la de los *derechos fundamentales*, indisponibles además de universales, y la de los *derechos patrimoniales*, disponibles y por lo tanto sometidos a cambios, además de singulares. Finalmente, y de manera correlativa a la diferente estructura de los distintos tipos de derechos, se podrán identificar diferentes tipos y técnicas de garantías y de relaciones jurídicas.

10.12. *Derechos positivos y derechos negativos. Derechos-inmunidad, derechos-facultad y derechos-potestad. Derechos activos y derechos pasivos*

Si descomponemos la suma lógica expresada por la definición D10.20 obtenemos una primera gran división: por un lado, los *derechos positivos*, consistentes en expectativas positivas de prestaciones, por otro, los *derechos negativos*, consistentes en expectativas negativas de no lesiones. Forman parte de los primeros todos los ‘derechos *a*’ comportamientos o prestaciones de otros: de los derechos patrimoniales de crédito a los derechos sociales fundamentales. Forman parte de los segundos, además de las inmunidades fundamentales como la libertad personal y el derecho a la vida, todos los ‘derechos *de*’ comportamientos propios, o sea, de actuar sin interferencias o constricciones por parte de otros: como el

derecho de propiedad y los distintos derechos de libertad y de autodeterminación³³.

D10.21 *Los ‘derechos positivos’ son las expectativas de prestaciones.*

$$(y)(x)(DPOyx \equiv (ASPyx \cdot PRTxy))$$

D10.22 *Los ‘derechos negativos’ son las expectativas de no lesiones.*

$$(y)(x)(DNEyx \equiv (ASPy\perp x \cdot LESxy))$$

Dada la obvia incompatibilidad entre expectativas positivas y expectativas negativas (T2.54), se trata de dos figuras opuestas, que se hallan entre sí en relación de exclusión o contrariedad (T10.131, T10.132)³⁴. Los derechos positivos son las expectativas y al mismo tiempo los intereses en la comisión (T10.133), mientras que los negativos son las expectativas y al mismo tiempo los intereses en la omisión de un acto jurídico (T10.134). Los unos están garantizados por obligaciones de prestación (T10.135), los otros lo están por prohibiciones de lesión (T10.136). Objetos de los primeros son actos obligatorios, ventajosos para sus titulares (T10.137), ya sean cumplimientos o actos formales válidos (T10.138); objetos de los segundos son en cambio actos prohibidos, desventajosos para sus titulares (T10.139), ya sean actos informales ilícitos o actos formales inválidos (T10.140).

$$T10.131 (y)(x)(DPOyx \rightarrow (DIRy \cdot \neg DNEyx))$$

D10.20, D10.21, D10.22, T2.54

$$T10.132 (y)(x)(DNEyx \rightarrow (DIRy \cdot \neg DPOyx))$$

D10.20, D10.21, D10.22, T2.54

$$T10.133 (y)(x)(DPOyx \equiv (ASPyx \cdot INTyx \cdot ATTx))$$

D10.21, D10.18

$$T10.134 (y)(x)(DNEyx \equiv (ASPy\perp x \cdot INTy\perp x \cdot ATTx))$$

D10.22, D10.19

$$T10.135 (y')(x)(DPOy'x \equiv (\exists y'')(GARy''y' \cdot OBLy''x \cdot PRTxy' \cdot INTy'x \cdot ASPy'x))$$

D10.21, D10.18, T2.60, D3.5

$$T10.136 (y')(x)(DNEy'x \equiv (\exists y'')(GARy''y' \cdot DIVy''x \cdot LESxy' \cdot INTy'\perp x \cdot ASPy'\perp x))$$

D10.22, D10.19, T2.61, T3.35

$$T10.137 (y)(x)(DPOyx \rightarrow (ATTx \cdot OBBx \cdot VANx))$$

T10.135, D10.18, D2.4, T10.111

$$T10.138 (y)(x)(DPOyx \rightarrow (ADEx \vee VALx))$$

T10.137, T9.13, D9.5, T1.18, T9.165, T1.4

$$T10.139 (y)(x)(DNEyx \rightarrow (ATTx \cdot VIEx \cdot SVAx))$$

T10.136, D10.19, D2.5, T10.112

$$T10.140 (y)(x)(DNEyx \rightarrow ((AINx \cdot ILLx) \vee (AFOx \cdot VIEx)))$$

T10.139, T9.13, D9.4

Los derechos negativos, a su vez, pueden ser descompuestos en tres subclases, hallándose las dos primeras en relación de contrariedad y siendo la segunda inclusiva, en su extensión, de la tercera: a) los ‘derechos-inmunidad’ (o ‘inmunidades’), que consisten únicamente en expectativas

de no lesión y no también en facultades, como los derechos a la vida y a la integridad, el *habeas corpus* y, en general, todos los derechos, incluso patrimoniales, a la abstención de conductas ajenas; b) los '*derechos-facultad*' o '*facultades*', que además consisten en facultades e incluyen por lo tanto todos los derechos de libertad y, entre los derechos patrimoniales, la posesión³⁵; c) los '*derechos-potestad*' o '*potestades*', que además consisten en poderes, como la propiedad privada y los demás derechos reales, así como los derechos civiles y políticos sobre los que se basa la autonomía individual, respectivamente en la esfera privada de la economía y en la pública de la política³⁶.

D10.23 '*Los derechos-inmunidad*' (o '*inmidades*') son los derechos negativos consistentes solamente en expectativas negativas (y no también en facultades).

$$(y)(\text{DIMy} \equiv (M(\exists x)(\text{DNEyx} \cdot \text{ASPy} \perp x) \cdot \neg \text{FACy}))$$

D10.24 '*Los derechos-facultad*' (o '*derechos facultades*') son los derechos negativos consistentes también en facultades.

$$(y)(\text{DIFy} \equiv (\text{DNEy} \cdot \text{FACy}))$$

D10.25 '*Los derechos-potestad*' (o '*derechos potestades*') son los derechos negativos consistentes también en potestades.

$$(y)(\text{DIPy} \equiv (\text{DNEy} \cdot \text{PTSy}))$$

Obtenemos de este modo una distinción de todos los derechos en positivos y negativos (T10.141), y una subdistinción de estos últimos en derechos-inmunidad, derechos-facultad y derechos-potestad (T10.142). Uniendo ambas distinciones obtendremos una cuatripartición: todos los derechos se distinguen en *derechos positivos*, *derechos-inmunidad*, *derechos-facultad* y *derechos-potestad* (T10.143), es decir, exactamente en las cuatro clases inventariadas con la expresión (i) al principio de nuestro análisis en el párrafo precedente.

$$\text{T10.141 } (y)(\text{DIRy} \equiv (\text{DNEy} \vee \text{DPOy})) \quad \text{D10.20, D10.21, D10.22}$$

$$\text{T10.142 } (y)(\text{DNEy} \equiv (\text{DIMy} \vee \text{DIFy} \vee \text{DIPy}))$$

$$\text{D10.22, D10.23, D10.24, D10.25}$$

$$\text{T10.143 } (y)(\text{DIRy} \equiv (\text{DPOy} \vee \text{DIMy} \vee \text{DIFy} \vee \text{DIPy})) \quad \text{T10.141, T10.142}$$

Ahora sometamos a análisis el contenido de estos cuatro tipos de derechos. Es fácil mostrar que, mientras que los derechos positivos son simples expectativas positivas de prestaciones (D10.21) y los derechos-inmunidad simples expectativas negativas de no lesiones (D10.23), los derechos-facultad y los derechos-potestad se configuran como situaciones complejas que incluyen, además de expectativas negativas de no impedimento o de no lesión, también —y sobre todo— facultades o pode-

res. En concreto, los derechos-facultad, como por ejemplo la libertad de prensa o la posesión, consisten (no sólo en expectativas negativas sino también) en facultades ejercidas por meros comportamientos facultativos, como son justamente la manifestación del pensamiento o el disfrute de la cosa poseída (T10.145). A su vez los derechos-potestad, como por ejemplo los derechos patrimoniales o el derecho de voto, consisten (no sólo en expectativas negativas y en facultades sino también) en poderes destinados a ser ejercidos por actos preceptivos, como son en el primer caso los negocios de disposición y en el segundo el voto (T10.146). En ocasiones a los derechos-potestad se asocian también expectativas positivas: es el caso por ejemplo del derecho de voto, que incluye la expectativa de los actos necesarios para su ejercicio, como la inscripción del elector en el pertinente registro, la expedición de los certificados electorales o la comprobación y el cómputo del voto.

T10.144 $(y)(DIMy \equiv (DNEy \cdot \neg FACy))$ D10.23, D10.24

T10.145 $(y)(DIFy \equiv (M(\exists x')(ASP_y \perp x' \cdot LESx'y) \cdot M(\exists x'')(FACyx'' \cdot FCOx'')))$ D10.24, D10.22, D2.3

T10.146 $(y)(DIPy \rightarrow (M(\exists x')(ASP_y \perp x' \cdot LESx'y) \cdot POTy \cdot M(\exists x'')(MODyx'' \cdot (\exists y'')APRx''y'')))$ D10.25, D10.22, T10.48, T10.143, T10.127, T10.3

Añado que los derechos-potestad, consistiendo por definición en potestades, no son jamás funciones (T10.147). Esto deriva de la propia concepción aquí propuesta del 'derecho subjetivo'. Al designar intereses que son propios únicamente de sus titulares, los derechos excluyen toda connotación funcionalista, como es por ejemplo la indebidamente asociada a los llamados «derechos públicos subjetivos» por las ya recordadas doctrinas iuspublicistas del siglo pasado en el marco de una más general concepción organicista, autopoietica y autoritaria del Estado. Esto no es obstáculo para que también los derechos-potestad, al consistir en poderes no constituyentes (T10.148), vengan sometidos a límites y vínculos tanto formales como sustanciales. Es esta naturaleza de *derechos-poder* el rasgo característico, en general ignorado, que los diferencia de los derechos de libertad: mientras que éstos son facultades cuyo ejercicio consiste en meros comportamientos carentes de efectos jurídicos, los derechos-potestad, incluidos los derechos civiles de autonomía negocial de los que hablaré en el próximo capítulo, admiten como ejercicio actos preceptivos productores de efectos también en la esfera jurídica de otros y están por tanto sometidos, no menos que los actos de los que traen causa, a las normas sobre la producción que regulan sus formas y significados (T10.149). Y esto, como se verá en la parte cuarta, comporta una ampliación al derecho privado del modelo axiológico del estado constitucional de derecho, tradicionalmente reservado únicamente a la esfera de los poderes públicos.

T10.147 $(y)(DIPy \rightarrow \neg FUNy)$ D10.25, T10.59

T10.148 $(y)(DIPy \rightarrow (POTy \cdot \neg COSy))$ D10.25, T10.48, T10.143, T10.127

T10.149 (y)(DIPy \rightarrow (M(\exists x2)(\exists y2)(\exists z)(MODyx2 · APRx2y2 · EFFy2x2 · IMPzy2 · \neg TITzy) · (\exists x1)((\exists r)(\exists f)(NFORx1 · REGrf · FORfx1) · (\exists r)(NSOrx1 · REGry · SIGyx1) · DECx1y · EFFyx1) · (x2)(y2)((ESEx2y · DECx2y2) \rightarrow ((\exists r2)(\exists f)(NFOR2x2 · REGr2f · FORfx2) · (\exists r2)(NSOr2x2 · REGr2y2 · SIGy2x2))))))
T10.148, T10.28, T10.31, T10.32

Si ahora analizamos los elementos que comparten y los que diferencian a las distintas clases de derechos hasta aquí definidas, podemos identificar todas las relaciones de exclusión y de inclusión que entre ellos existen. Ya se ha dicho que todos los derechos subjetivos —sean pretensiones, inmunidades, facultades o potestades, según la suma lógica expresada por la tesis T10.143— son situaciones pasivas (T10.117) y consisten por lo tanto en expectativas (T10.150): los derechos positivos en expectativas positivas, es decir, de la realización de prestaciones (D10.21); los negativos, sean inmunidades, facultades o potestades, en expectativas negativas, es decir, de la omisión de lesiones, ya se trate de privaciones, impedimentos o perturbaciones (D10.22). Pero mientras que los derechos-inmunidad, como por ejemplo el derecho a la vida, el *habeas corpus*, la inmunidad frente a la tortura o la inviolabilidad del domicilio, son sólo derechos negativos y no también facultades (T10.144), los derechos-facultad son también facultades (T10.151) y los derechos-potestad son también potestades (T10.152) y forman por consiguiente, al ser las potestades poderes consistentes en facultades (T10.148), una subclase de los derechos-facultad (T10.153). Derechos de inmunidad y derechos-facultad constituyen por eso una distinción de los derechos negativos no sólo exhaustiva (T10.154) sino también excluyente, equivaliendo los primeros a los derechos negativos no de facultad (T10.155) y los segundos a los derechos negativos no de inmunidad (T10.156). En cuanto a los derechos-potestad, equivalen a los específicos derechos que incluyen, además de expectativas negativas, también facultades y potestades (T10.157), y por lo tanto son también situaciones activas (T10.158). La propiedad privada, por ejemplo, es una situación compleja que incluye, además de expectativas negativas (de perturbación por parte de otros) y de facultades (de uso o disfrute) también potestades (de alienación o disposición). Lo mismo cabe decir de los derechos civiles y políticos, que son potestades de obrar en la esfera civil y política —‘derechos fundamentales instrumentales’ o ‘secundarios’, como los llamaré en el próximo capítulo— además de expectativas de no perturbación o impedimento por los demás.

T10.150 (y)(DIRy \rightarrow ASPy) T10.117, D6.4, T2.158
T10.151 (y)(DIFy \rightarrow FACy) D10.24
T10.152 (y)(DIPy \rightarrow PTSy) D10.25
T10.153 (y)(DIPy \rightarrow DIFy) D10.25, T10.48, D10.24
T10.154 (y)(DNEy \equiv (DIMy v DIFy)) T10.144, D10.24
T10.155 (y)(DIMy \equiv (DNEy · \neg DIFy)) T10.144, T10.151, T10.154

T10.156	$(y)(DIFy \equiv (DNEy \cdot \neg DIMy))$	D10.24, T10.155, T10.154
T10.157	$(y)(DIPy \equiv (DIRy \cdot M(\exists x)ASPy \perp x \cdot FACy \cdot PTSy \cdot SIAy))$	D10.25, D10.22, T10.48
T10.158	$(y)(DIPy \rightarrow (DIRy \cdot SIAy))$	D10.25, T10.51, T10.1

Así pues, el elemento de la expectativa, mientras que es exclusivo en los derechos positivos y en los de simple inmunidad, constituye sólo uno de los dos elementos constitutivos en los derechos-facultad, donde es dominante el elemento de la facultad, y en los derechos-potestad, donde es dominante el de la potestad. Podemos por tanto agrupar de modo diferente nuestros cuatro tipos de derechos distinguiéndolos en dos categorías, según que consistan *también* en expectativas o *sólo* en expectativas: la de los '*derechos activos*', formada por la suma de los derechos-facultad y los derechos-potestad, y la de los '*derechos pasivos*', formada por la suma de los derechos positivos y los derechos-inmunidad. Aunque los derechos activos sean esencialmente facultades (o 'derechos de'), lo que hace de ellos 'derechos' —en el sentido ya indicado de *permisos fuertes* en lugar de *permisos débiles*— es precisamente su naturaleza de expectativas negativas a las que corresponden, como garantías, prohibiciones de lesión a cargo de terceros. En efecto, «permiso débil» es lo que no está prohibido y resulta por lo tanto meramente lícito o jurídicamente indiferente o no calificado: como por ejemplo el tránsito o el aparcamiento del automóvil, que nada impide a la autoridad municipal suprimir mediante prohibiciones de circulación o parada. «Permiso fuerte» es en cambio aquello que está prohibido prohibir en virtud de la prohibición correspondiente a la expectativa negativa (de no lesión o impedimento) asociada al mismo, y que por lo tanto está puesto al abrigo de toda lesión por parte de fuentes normativas inferiores, como sucede con los derechos fundamentales sancionados constitucionalmente.

D10.26 '*Derechos activos*' son todos los derechos-facultad y todos los derechos-potestad.

$(y)(DATy \equiv (DIFy \vee DIPy))$

D10.27 '*Derechos pasivos*' son todos los derechos de inmunidad y todos los derechos positivos.

$(y)(DPSy \equiv (DIMy \vee DPOy))$

Obtenemos así una segunda gran división: la distinción de todos los derechos subjetivos en derechos activos y derechos pasivos (T10.159). Es una distinción que coincide sólo en parte con la que existe entre derechos negativos y positivos: si en efecto los derechos activos son todos derechos negativos (T10.160), no todos los derechos pasivos son derechos positivos, pudiendo ser también, como los derechos de

inmunidad, derechos negativos (T10.161). De otro lado, y dado que los derechos-potestad son también derechos-facultad (T10.153), los derechos activos se identifican, en última instancia, con el conjunto de los derechos-facultad (T10.162). Los derechos subjetivos podrán por tanto ser distinguidos también en derechos-facultad y derechos pasivos (T10.163). Finalmente, descomponiendo a partir de sus definiciones las dos clases de derechos diferenciadas por la T10.159, obtendremos otras dos grandes triparticiones de todos los derechos subjetivos: por un lado, *derechos activos, derechos de inmunidad y derechos positivos* (T10.164) y, por otro, *derechos pasivos, derechos-facultad y derechos-potestad* (T10.165).

T10.159 (y)(DIRy \equiv (DATy v DPSy))	D10.143, D10.26, D10.27
T10.160 (y)(DATy \rightarrow DNEy)	T10.26, T10.142
T10.161 (y)(DPSy \rightarrow (DPOy v DIMy))	T10.27
T10.162 (y)(DATy \equiv DIFy)	D10.26, T10.153
T10.163 (y)(DIRy \equiv (DIFy v DPSy))	T10.159, T10.162
T10.164 (y)(DIRy \equiv (DATy v DIMy v DPOy))	T10.159, D10.27
T10.165 (y)(DIRy \equiv (DPSy v DIFy v DIPy))	T10.159, D10.26

Podemos representar toda la tipología de los derechos resultante del conjunto de nuestras distinciones mediante el siguiente cuadro, que nos muestra tanto la extensión como las relaciones de recíproca inclusión y exclusión de los distintos tipos derechos.

DIR Derechos	DPO Derechos positivos (o derechos a, derechos pretensión) (expectativas positivas)		DPS Derechos pasivos	
	DNE Derechos negativos (expectativas negativas)	DIM Derechos-inmunidad (o libertades frente a)	DAT Derechos activos	
		Derechos-facultad (o libertades de)		
		DIF		DIP Derechos-potestad (o poderes de)

En conclusión, el contenido de todo derecho subjetivo puede identificarse con un conjunto de expectativas y/o de facultades. La vieja oposición entre las doctrinas del derecho subjetivo como *facultas agendi* y las del derecho subjetivo como *interés protegido* se resuelve reconociendo que todos los derechos son intereses protegidos como expectativas merecedoras de tutela; y que es justamente en esta protección donde reside el rasgo distintivo también de los derechos activos, sean derechos-facultad o derechos-potestad, que a través de la misma obtienen la «fuerza» que hace de ellos precisamente permisos o facultades «fuertes», en lugar de meras libertades o facultades «débiles».

10.13. *Derechos y deberes. Una extensión del paradigma garantista*

La definición del derecho subjetivo como expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones) asociada o no a facultades y/o a potestades presenta relevantes implicaciones teóricas y prácticas. Una primera consecuencia se vincula a la correlación que existe siempre entre las expectativas y las correspondientes obligaciones o prohibiciones (T2.60, T2.61). De acuerdo con ella, un derecho existe siempre que se da, en interés de su titular, una correspondiente obligación de prestación o una correspondiente prohibición de lesión (T10.166). En el primer caso tendremos un derecho positivo (T10.167); en el segundo un derecho negativo (T10.168).

T10.166	$(y')(x)((\exists y'')((INTy'x \cdot ASPy'x \cdot OBLy''x \cdot PRTxy') \vee (INTy'\perp x \cdot ASPy'\perp x \cdot DIVy''x \cdot LESxy')) \rightarrow DIRy')$	T10.123
T10.167	$(y')(x)(DPOy'x \equiv (\exists y'')(ASPy'x \cdot OBLy''x \cdot PRTxy'))$	D10.21, T2.60
T10.168	$(y')(x)(DNEy'x \equiv (\exists y'')(ASPy'\perp x \cdot DIVy''x \cdot LESxy'))$	D10.22, T2.61

Esto quiere decir que derechos subjetivos son no sólo aquellos nominativamente previstos como tales, sino también todas las expectativas de no lesión o de prestación generadas, en tutela de intereses de sus titulares, por la existencia de los respectivos deberes de prestación o de no lesión. De donde se deriva una revisión de la fenomenología de los derechos y de los deberes en una doble dirección.

En primer lugar, en las relaciones entre Estado y ciudadano. A los deberes públicos de prestación o de no lesión inherentes a funciones públicas corresponden siempre derechos subjetivos atribuidos a las personas interesadas en la realización de las primeras y en la omisión de las segundas. Si el juez o el fiscal tienen el deber de realizar determinados actos en garantía de mi defensa en juicio, yo tengo el derecho subjetivo a la realización de tales actos. Si la policía tiene la prohibición de maltratarme, yo tengo el derecho de inmunidad a no ser maltratado. Si el legislador tiene la prohibición de establecer la censura sobre la prensa, todos tenemos el derecho negativo a que la censura no sea introducida. Si, en fin, la Administración Pública tiene el deber de recibir y considerar mi demanda (de admisión a un concurso, de concesión de una licencia o de reforma de una disposición), yo tengo el derecho a que ésta sea recibida y considerada. Por lo tanto, no existe espacio para la figura espuria de los «intereses legítimos» a la que serían degradados los derechos subjetivos por obra de actos administrativos. Por lo demás, esta categoría fue construida en el siglo XIX por la doctrina y jurisprudencia italianas justamente porque no estaban dispuestas a admitir la existencia de derechos de los ciudadanos frente al Estado. Y sirvió en efecto de indebido apoyo teórico para la no resarcibilidad de las respectivas lesiones por parte de la Administración Pública y para la instauración de dos jurisdicciones separadas, la ordinaria para la tutela de los derechos subjetivos y

la administrativa para la tutela de los llamados «intereses legítimos»³⁷: que son dos consecuencias insostenibles una vez que se reconoce el nexo que siempre existe entre ‘obligaciones de’ y ‘derechos a’ prestaciones y entre ‘prohibiciones de’ y ‘derechos a no’ lesiones.

En segundo lugar, la correlación de los derechos con los deberes sirve para redefinir la extensión de los primeros en las relaciones entre particulares. Si todos tienen la prohibición de matarme, de golpearme o de robarme, yo tengo frente a todos el derecho a no ser matado, golpeado o robado. Más en general, al deber de todos de *neminem laedere* corresponde el derecho, igualmente de todos, a no ser lesionados por nadie. Se trata, como veremos, de una consecuencia de gran alcance por lo que se refiere a la fenomenología de los derechos fundamentales negativos. Estos derechos han sido construidos por el constitucionalismo moderno esencialmente como derechos frente al Estado. De donde ha resultado, también bajo este aspecto, una limitación del garantismo y del constitucionalismo únicamente a la esfera política de las relaciones entre individuo y Estado, que se ha sumado a la producida por el desconocimiento del carácter de ‘poderes’ que revisten los derechos-potestad —el derecho de propiedad y los derechos civiles de autonomía— en la esfera económica de las relaciones de mercado.

Volveré más adelante sobre todas estas aporías. Entretanto expresaré la correspondencia aquí estipulada entre derechos y deberes mediante la distinción, obviamente no exhaustiva, entre ‘*deberes positivos*’, consistentes en la obligación de las prestaciones que son objeto de expectativas positivas, y ‘*deberes negativos*’, consistentes en la prohibición de las lesiones que son objeto de expectativas negativas.

D10.28 ‘*Deber positivo*’ es toda obligación de prestaciones que sean objeto de las correspondientes expectativas positivas.

$$(y')(x)(\text{DOPy}''x \equiv (\exists y')(\text{OBLy}''x \cdot \text{PRTxy}' \cdot \text{ASPy}'x))$$

D10.29 ‘*Deber negativo*’ es toda prohibición de lesiones que sean objeto de las correspondientes expectativas negativas.

$$(y')(x)(\text{DONy}''x \equiv (\exists y')(\text{DIVy}''x \cdot \text{LESxy}' \cdot \text{ASPy}'\neg x))$$

De donde se deriva una tesis de extrema relevancia para la teoría de las garantías: la correlación biunívoca entre derechos y deberes positivos y derechos y deberes negativos, sobre la que se basan los lazos de solidaridad y reciprocidad ya expresados en términos generales por las tesis T3.31-T3.34³⁸. Deberes positivos de prestación y deberes negativos de no lesión son en efecto las situaciones activas (T10.169) que corresponden —como sus garantías (T6.68-T6.71) que más adelante llamaré *primarias*— a las situaciones pasivas en que consisten los derechos: los primeros corresponden a los derechos positivos (T10.170), los segundos a los derechos negativos (T10.171).

T10.169 $(y)((DOPy \vee DONy) \rightarrow (SITy \cdot SIAy))$

D10.28, D10.29, D10.18, D10.19, T2.17, D6.3, T6.62

T10.170 $(x)((\exists y')DPOy'x \equiv (\exists y'')DOPy''x)$

T10.167, D10.28

T10.171 $(x)((\exists y')DNEy'x \equiv (\exists y'')DONy''x)$

T10.168, D10.29

Por tanto, para todo sujeto jurídico titular de un derecho positivo existe otro que lo es del correspondiente deber positivo (de actuar la prestación que lo satisfaga), y viceversa (T10.172). Para todo sujeto titular de un derecho negativo existe otro que lo es del correspondiente deber negativo (de no realizar la lesión que lo viola), y viceversa (T1.173).

T10.172 $(x)((\exists z')(\exists y')(SGGz' \cdot TITz'y' \cdot DPOy'x) \equiv (\exists z'')(\exists y'')(SGGz'' \cdot$

$TITz''y'' \cdot DOPy''x))$ T10.170, T7.14, T10.131, T10.117, T10.169

T10.173 $(x)((\exists z')(\exists y')(SGGz' \cdot TITz'y' \cdot DNEy'x) \equiv (\exists z'')(\exists y'')(SGGz'' \cdot$

$TITz''y'' \cdot DONy''x))$ T10.171, T7.14, T10.132, T10.117, T10.169

Consiguientemente los titulares de los derechos positivos o negativos y los de los correspondientes deberes positivos y negativos se encuentran en relación jurídica entre ellos. Las dos parejas de relaciones deónicas expresadas por las tesis T3.31-T3.34 y las de relaciones jurídicas expresadas por la tesis T7.60-T7.63 pueden ser en efecto, junto a las redes de las relaciones intersubjetivas generadas por ellas, precisadas y desarrolladas algo más. De un lado, si un sujeto jurídico es titular de un derecho positivo, entonces se halla en relación jurídica con otro a quien se imputa el correspondiente deber positivo (T10.174), y viceversa (T10.175). De otro, si un sujeto es titular de un derecho negativo, entonces está en relación con otros a quienes se imputan los correspondientes deberes negativos (T10.176), y viceversa (T10.177).

T10.174 $(z')(y')(x)((SGGz' \cdot TITz'y' \cdot DPOy'x) \rightarrow$

$(\exists z'')(\exists y'')(RAGz''z'' \cdot SGGz'' \cdot IMPz''y'' \cdot DOPy''x))$

D7.11, D3.4, T10.172, D10.18, D10.21, D6.4, T6.63, D10.28, T3.22

T10.175 $(z'')(y'')(x)((SGGz'' \cdot TITz''y'' \cdot DOPy''x) \rightarrow$

$(\exists z')(\exists y')(RAGz''z' \cdot SGGz' \cdot IMPz'y' \cdot DPOy'x))$

D7.11, D3.4, T10.172, D10.18, D10.21, D6.4, T6.63, D10.28, T3.22

T10.176 $(z')(y')(x)((SGGz' \cdot TITz'y' \cdot DNEy'x) \rightarrow$

$(\exists z'')(\exists y'')(RAGz''z'' \cdot SGGz'' \cdot IMPz''y'' \cdot DONy''x))$

D7.11, D3.4, T10.173, D10.19, D10.22, D6.4, T6.63, D10.29, T3.22

T10.177 $(z'')(y'')(x)((SGGz'' \cdot TITz''y'' \cdot DONy''x) \rightarrow$

$(\exists z')(\exists y')(RAGz''z' \cdot SGGz' \cdot IMPz'y' \cdot DNEy'x))$

D7.11, D3.4, T10.173, D10.19, D10.22, D6.4, T6.63, D10.29, T3.22

Aunque las tesis T10.172 y T10.173 enuncian una equivalencia y por lo tanto una implicación recíproca entre derechos y deberes, la cuestión de la existencia de un deber en presencia de un derecho, expresada por las tesis T10.174 y T10.176, es distinta de la recién discutida de la existencia de un derecho en presencia de un deber frente al sujeto inte-

resado expresada por las tesis T10.175 y T10.177. Es esta una precisión que se revelará esencial para la teoría de la democracia constitucional. Como se ha dicho en los §§ 1.3, 8.7 y 9.16 y como mejor se verá en los §§ 10.16, 10.19-10.20 y 12.13, los derechos subjetivos producidos por normas téticas, como son todos aquellos que en el próximo capítulo identificaré como ‘fundamentales’, pueden perfectamente existir sin que hayan sido producidas las correspondientes obligaciones o prohibiciones que son sus garantías. En efecto, la existencia de tales obligaciones o prohibiciones, como se ha dicho varias veces, es en tal caso un *principium iuris tantum* que bien puede ser violado por el derecho positivo vigente. Es el problema de las lagunas, que afrontaré en los §§ 10.19-10.20 y que obviamente no se da en el caso opuesto, expresado por las tesis T10.175 y T10.177, en el que son formulados no ya los derechos sino los deberes, es decir, las modalidades activas, a cuya inobservancia son aplicables sin más las normas que los establecen sin que se requiera la producción de otras figuras deónticas.

10.14. *Derechos y deberes universales y singulares, absolutos y relativos*

Las relaciones jurídicas entre derechos y deberes correspondientes no siempre son relaciones bilaterales entre sujetos singulares. Existen también derechos y deberes que pertenecen a la generalidad de los sujetos. Tendremos consiguientemente cuatro tipos distintos de relaciones jurídicas, según el carácter general o singular de los sujetos entre los que se entablen. Si el derecho del que un sujeto es titular es un derecho *erga omnes*, como son por ejemplo la propiedad privada y las libertades fundamentales, todos tendremos frente a él el mismo deber (de no lesión), que será por lo tanto *omnium*, o sea, correspondiente a todos; si en cambio tal derecho es *erga singulum*, como por ejemplo el derecho de crédito, sólo quien está llamado a satisfacerlo o a no violarlo tendrá en relación con él el correspondiente deber (de prestación), que será a su vez *singuli*. Inversamente, si el deber del que un sujeto es titular es *erga omnes*, como por ejemplo la prohibición penal de matar, todos tendremos frente al mismo un idéntico derecho (a la vida), que será a su vez *omnium*, o sea, perteneciente a todos; mientras que si tal deber es *erga singulum*, como por ejemplo una deuda, sólo el sujeto interesado en su cumplimiento tendrá en relación con él el correspondiente derecho (de crédito), que será por tanto *singuli*.

Lo que ahora procede analizar son esas diferencias de estructura entre estos cuatro tipos de relaciones jurídicas, y por tanto entre las garantías de los derechos que en ellas aparecen, ligadas a la cantidad de sujetos implicados. Expresaré esta diferencia estructural mediante la cuantificación —universal o existencial— de los sujetos entre los que se entablan dichas relaciones. A tal fin trazaré dos grandes divisiones en el campo de los derechos subjetivos y de los deberes que corresponden

a los mismos dentro de las relaciones jurídicas expresadas por las tesis T10.174-T10.177 que acabo de demostrar.

La primera distinción, referida a la esfera de los sujetos que son sus titulares, es la que se produce entre derechos y deberes '*universales*' (*omnium*) y derechos y deberes '*singulares*' (*singuli*). Son *universales* todos los derechos y los deberes imputados a una generalidad de sujetos y que forman por tanto el fundamento y el parámetro de su *igualdad jurídica*: por ejemplo los derechos fundamentales, que como veremos en el próximo capítulo son expectativas negativas o positivas reconocidas a todos en cuanto personas naturales y/o ciudadanos y/o capaces de obrar; o también las prohibiciones penales o las prescripciones expresadas por las señales de circulación, asimismo destinadas a clases de sujetos a los que se imputan por igual. Son en cambio *singulares* todos los derechos y los deberes imputados no a clases de sujetos sino a sujetos individuales con exclusión de otros y que por consiguiente, caracterizando las específicas posiciones de cada uno en sus relaciones con los demás, constituyen el fundamento de su *desigualdad jurídica*: por ejemplo el derecho de propiedad, los otros derechos reales, los derechos personales a prestaciones y las obligaciones civiles de carácter patrimonial.

La segunda gran distinción, referida a la esfera de los sujetos titulares de las modalidades o de las expectativas correspondientes, es la que se produce entre derechos y deberes '*absolutos*' (o *erga omnes*) y derechos y deberes '*relativos*' (o *erga singulum*). Son *absolutos* todos los derechos consistentes en expectativas generalmente negativas, como los derechos de libertad y el derecho de propiedad, a los que corresponden prohibiciones universales de lesión a cargo de todos; pero lo son también muchos deberes, como las prohibiciones penales y las obligaciones públicas de prestaciones sociales, a las que corresponden los derechos de libertad y los derechos sociales a su vez universales. Son en cambio *relativos* todos los derechos llamados «personales» (como los créditos) y las obligaciones patrimoniales (como los débitos), consistentes los unos en expectativas positivas y las otras en obligaciones frente a sujetos individuales, titulares a su vez de las correspondientes obligaciones y de los correspondientes derechos positivos singulares.

Definiré, pues, dos pares de predicados, asociados en el léxico corriente únicamente a los derechos y aquí en cambio ampliados a todas (y sólo a) las situaciones que entran a formar parte de relaciones jurídicas: *a*) '*universales*' (u *omnium*) y '*singulares*' (o *singuli*), con los que designaré, respectivamente, la titularidad de derechos o de deberes atribuidos a una generalidad de sujetos o a sujetos singularmente determinados; *b*) '*absolutos*' (o *erga omnes*) y '*relativos*' (o *erga singulum*), con los que designaré, respectivamente, la correlativa titularidad, atribuida a una generalidad de sujetos o a sujetos singularmente determinados, no ya de los propios derechos o deberes de los que tales términos son predicados, sino de los que se corresponden a éstos en las relaciones jurídicas mantenidas.

D10.30 'Universales' son los derechos y deberes, positivos o negativos, de los que son titulares clases enteras de sujetos jurídicos.

$$(y)(\text{UNI}_y \equiv ((\text{DNE}_y \vee \text{DPO}_y \vee \text{DOP}_y \vee \text{DON}_y) \cdot (z)(\text{TIT}_{zy} \cdot \text{SGG}_z)))$$

D10.31 'Singulares' son los derechos y deberes, positivos o negativos, de los que no son titulares clases enteras de sujetos jurídicos.

$$(y)(\text{SIN}_y \equiv ((\text{DNE}_y \vee \text{DPO}_y \vee \text{DOP}_y \vee \text{DON}_y) \cdot \neg(z)(\text{SGG}_z \rightarrow \text{TIT}_{zy})))$$

D10.32 'Absolutos' son los derechos y deberes, negativos o positivos, que se corresponden, respectivamente, con deberes y derechos, negativos o positivos, atribuidos a una clase de sujetos jurídicos.

$$(y')(\text{ASS}_{y'} \equiv (\exists y'')(M(\exists x)((\text{DNE}_{y'x} \cdot \text{DON}_{y''x}) \vee (\text{DPO}_{y'x} \cdot \text{DOP}_{y''x}) \vee (\text{DON}_{y'x} \cdot \text{DNE}_{y''x}) \vee (\text{DOP}_{y'x} \cdot \text{DPO}_{y''x})) \cdot (z)(\text{TIT}_{zy''} \cdot \text{SGG}_z)))$$

D10.33 'Relativos' son los derechos y deberes, negativos o positivos, que se corresponden, respectivamente, con deberes y derechos, negativos o positivos, de los que no son titulares clases enteras de sujetos jurídicos.

$$(y')(\text{REL}_{y'} \equiv (\exists y'')(M(\exists x)((\text{DNE}_{y'x} \cdot \text{DON}_{y''x}) \vee (\text{DON}_{y'x} \cdot \text{DNE}_{y''x}) \vee (\text{DPO}_{y'x} \cdot \text{DOP}_{y''x}) \vee (\text{DOP}_{y'x} \cdot \text{DPO}_{y''x})) \cdot \neg(z)(\text{SGG}_z \rightarrow \text{TIT}_{zy''})))$$

Por consiguiente, dado un derecho o un deber perteneciente a una de estas cuatro clases, son identificables, salvo el caso de laguna del que se ha hablado al final del párrafo anterior, también el deber y el derecho correspondientes (T10.178-T10.185). Mientras que a los derechos universales (*omnium*) corresponden deberes absolutos (*erga omnes*) y viceversa (T10.178-T10.179), a los derechos absolutos (*erga omnes*) corresponden deberes universales (*omnium*) y viceversa (T10.180-T10.181). Y mientras que a los derechos singulares (*singuli*) corresponden deberes relativos (*erga singulum*) y viceversa (T10.182-T10.183), a los derechos relativos (*erga singulum*) corresponden deberes singulares (*singuli*) y viceversa (T10.184-T10.185). Más concretamente, se puede sostener una correlación recíproca: *a*) entre derechos universales negativos y deberes absolutos negativos (T10.178) y entre derechos universales positivos y deberes absolutos positivos (T10.179); *b*) entre derechos absolutos negativos y deberes universales negativos (T10.180) y entre derechos absolutos positivos y deberes universales positivos (T10.181); *c*) entre derechos singulares negativos y deberes relativos negativos (T10.182) y entre derechos singulares positivos y deberes relativos positivos (T10.183); *d*) entre derechos relativos negativos y deberes singulares negativos (T10.184) y entre derechos relativos positivos y deberes singulares positivos (T10.185).

$$\text{T10.178 } (\exists y')(M(\exists x)\text{DNE}_{y'x} \cdot \text{UNI}_{y'}) \equiv (\exists y'')(M(\exists x)\text{DON}_{y''x} \cdot \text{ASS}_{y''})$$

$$\text{D10.30, D10.32, T10.176, T10.177, T10.141, T10.117, T10.169, T7.14}$$

- T10.179 $(\exists y')(M(\exists x)DPOy'x \cdot UNly') \equiv (\exists y'')(M(\exists x)DOPy''x \cdot ASSy'')$
D10.30, D10.32, T10.174, T10.175, T10.141, T10.117, T10.169, T7.14
- T10.180 $(\exists y')(M(\exists x)DNEy'x \cdot ASSy') \equiv (\exists y'')(M(\exists x)DONy''x \cdot UNly'')$
D10.30, D10.32, T10.176, T10.177, T10.141, T10.117, T10.169, T7.14
- T10.181 $(\exists y')(M(\exists x)DPOy'x \cdot ASSy') \equiv (\exists y'')(M(\exists x)DOPy''x \cdot UNly'')$
D10.30, D10.32, T10.174, T10.175, T10.141, T10.117, T10.169, T7.14
- T10.182 $(\exists y')(M(\exists x)DNEy'x \cdot SIny') \equiv (\exists y'')(M(\exists x)DONy''x \cdot RELy'')$
D10.31, D10.33, T10.176, T10.177, T10.141, T10.117, T10.169, T7.14
- T10.183 $(\exists y')(M(\exists x)DPOy'x \cdot SIny') \equiv (\exists y'')(M(\exists x)DOPy''x \cdot RELy'')$
D10.31, D10.33, T10.174, T10.175, T10.141, T10.117, T10.169, T7.14
- T10.184 $(\exists y')(M(\exists x)DNEy'x \cdot RELy') \equiv (\exists y'')(M(\exists x)DONy''x \cdot SIny'')$
D10.31, D10.33, T10.176, T10.177, T10.141, T10.117, T10.169, T7.14
- T10.185 $(\exists y')(M(\exists x)DPOy'x \cdot RELy') \equiv (\exists y'')(M(\exists x)DOPy''x \cdot SIny'')$
D10.31, D10.33, T10.174, T10.175, T10.141, T10.117, T10.169, T7.14

Así pues, cruzando estas dos grandes divisiones se podrán distinguir cuatro clases de derechos: *a)* los derechos universales absolutos, como por ejemplo el derecho a la vida y los derechos de libertad, que son al mismo tiempo *omnium* y *erga omnes*; *b)* los derechos universales relativos, como los derechos sociales a la salud, a la educación o similares, que son *omnium* pero *erga singulum*, o sea, frente a las instituciones públicas o privadas llamadas a su satisfacción; *c)* los derechos singulares absolutos, como la propiedad privada y los demás derechos reales, que son *singuli* pero *erga omnes*; *d)* los derechos singulares relativos, como los derechos de crédito y los otros derechos personales, que son al mismo tiempo *singuli* y *erga singulum*. De forma análoga se podrán distinguir otras tantas clases de deberes: *a)* los deberes universales absolutos, como la mayor parte de las prohibiciones penales y la obligación del *neminem laedere*; *b)* los universales relativos, como la obligación de pagar los impuestos a la Administración Pública; *c)* los singulares absolutos, como las obligaciones y prohibiciones inherentes a las funciones públicas; *d)* los singulares relativos, como los débitos y las demás obligaciones contractuales. Podemos representar nuestras tipologías con el siguiente cuadro.

situaciones	absolutas (<i>erga omnes</i>)	relativas (<i>erga singulum</i>)
universales (<i>omnium</i>)	Ej.: derechos de libertad <i>neminem laedere</i>	Ej.: derechos sociales obligaciones fiscales
singulares (<i>singuli</i>)	Ej.: derechos reales de propiedad funciones públicas	Ej.: derechos de crédito obligaciones de débito

Del entrelazamiento de las relaciones entre derechos universales (*omnium*) y deberes absolutos (*erga omnes*), entre derechos absolutos (*erga omnes*) y deberes universales (*omnium*), entre derechos singulares (*singuli*) y deberes relativos (*erga singulum*) y entre derechos relativos (*erga singulum*) y deberes singulares (*singuli*) se obtiene la imagen del ordenamiento jurídico, ya expresada por las tesis T7.60-T7.63 y T10.172-

T10.177, no sólo como escala vertical de poderes y decisiones según las secuencias expresadas por las tesis T10.37-T10.38, sino también como red horizontal de expectativas positivas y negativas, así como de límites y vínculos, caracterizada por la *reciprocidad* según el paradigma kantiano del derecho como convivencia de las libertades.

Es además evidente que universalidad y singularidad, carácter absoluto y relativo, son figuras opuestas: las situaciones universales no son singulares y viceversa (T10.186), y las situaciones absolutas no son relativas y viceversa (T10.187). Más importante es subrayar que tanto la universalidad como el carácter absoluto son conceptos puramente lógicos, privados de por sí de toda connotación axiológica. Designan simplemente la cuantificación universal de los sujetos titulares, respectivamente, de las situaciones de las que se predicán y de las correlativas atribuidas a otros sujetos (T10.188-T10.189): el derecho de precedencia del automovilista que en un cruce procede de la derecha o la obligación de detenerse ante un semáforo en rojo, por ejemplo, son tan universales como los derechos de libertad y los derechos sociales; así como el derecho de propiedad es absoluto del mismo modo que lo es el deber del *neminem laedere*³⁹.

Esto equivale a decir que los derechos y los deberes universales (*omnium*), siendo conferidos a clases de sujetos, son prescripciones de carácter general (T10.190) y por lo tanto reglas; así como remiten a su vez a prescripciones de carácter general (T10.191), o sea, a reglas, los derechos y deberes absolutos (o *erga omnes*). Y es que es siempre una regla, en virtud de nuestro postulado P8, cualquier situación universal (T10.192). La universalidad de (y consiguientemente la igualdad en) las situaciones, que como se verá en el § 11.15 constituye un rasgo distintivo de la esfera pública (D11.36, T11.136, T11.140), no es sino la generalidad de las reglas que las disponen, es decir, la universalidad o tipicidad de sus destinatarios (T4.36-T4.37). La connotación axiológica de los que en el próximo capítulo llamaré ‘derechos fundamentales’ depende por ello no tanto de su forma lógica universal cuanto de la extensión de tal forma, esto es, de la ausencia de discriminaciones y privilegios y, sobre todo, de sus contenidos vitales, aspectos ambos dependientes del derecho positivo. Es luego otra cuestión bien distinta, dependiente del rango constitucional de las normas que los confieren, el grado supraordenado y por tanto vinculante de tales derechos frente a las demás fuentes normativas y su papel de normas sustantivas sobre la producción de dichas fuentes.

T10.186 (y)(UN _I y → ¬SIN _I y)	D10.30, D10.31
T10.187 (y)(ASS _y → ¬REL _y)	D10.32, D10.33
T10.188 (y)(UN _I y → (z)(SGG _z → TIT _{zy}))	D10.30
T10.189 (y')(ASS _{y'} → (z)(∃y'')(M(∃x)((DNE _{y'} x · DON _{y''} x) v (DPO _{y'} x · DOP _{y''} x) v (DON _{y'} x · DNE _{y''} x) v (DOP _{y'} x · DPO _{y''} x)) · (TIT _{zy''} · SGG _z)))	D10.32
T10.190 (y)((DNE _y v DPO _y v DOP _y v DON _y) · UN _I y) → (z)(SGG _z → TIT _{zy}))	T10.188

$$\begin{aligned}
 &T10.191 \quad (y)((DNEy' \vee DPOy' \vee DONy' \vee DOPy') \cdot ASSy') \rightarrow \\
 &\quad (z)(\exists y'')(M(\exists x)((DNEy'x \cdot DONy''x) \vee (DPOy'x \cdot DOPy''x) \vee \\
 &\quad (DONy'x \cdot DNEy''x) \vee (DOPy'x \cdot DPOy''x)) \cdot (TITzy'' \cdot SGGz))) \quad T10.189 \\
 &T10.192 \quad (y)((SITy \cdot UNLy) \rightarrow REGy) \quad D10.30, T4.15, D3.2
 \end{aligned}$$

Como se verá en el próximo capítulo, los derechos universales por antonomasia, ya sean absolutos o relativos, son justamente los derechos fundamentales, y como tales indisponibles. Los derechos singulares por antonomasia, sean absolutos o relativos, son en cambio los derechos patrimoniales, y como tales disponibles. Añado que la universalidad, precisamente porque es una característica formal conectada al simple hecho de que derechos y deberes sean imputados no a sujetos singulares sino a «clases» de sujetos, tiene exactamente la misma extensión que tales clases, que puede ser también restringidísima y de distintas formas discriminatoria. En efecto, universalidad y singularidad no designan la igualdad y la desigualdad, sino la forma jurídica de una y otra en los derechos y deberes cuantificados por ellas. Así, ha sucedido que el universalismo de los derechos que en el próximo capítulo llamaré ‘fundamentales’, ha sido limitado en el pasado únicamente a la clase de los varones propietarios e instruidos, con exclusión de las mujeres, de los desposeídos y de los analfabetos. Y sucede todavía hoy que en los modernos ordenamientos estatales permanece limitado por condiciones de *estatus*, como la ciudadanía y la capacidad de obrar. Los únicos derechos cuya universalidad se extiende indistintamente a todos los hombres y mujeres son los que en el próximo capítulo llamaré ‘derechos primarios de la persona’ o ‘derechos humanos’: como el derecho a la vida y las libertades fundamentales, atribuidos por los documentos internacionales a todas las personas naturales sin distinción de estatus. Otros derechos fundamentales, como los ‘derechos civiles’ de autonomía privada, corresponden en cambio sólo a las personas capaces de obrar; y otros aún, como los ‘derechos políticos’, corresponden generalmente sólo a los ciudadanos.

Es por otra parte evidente que los derechos absolutos son esencialmente los derechos negativos, mientras que los derechos relativos son esencialmente los derechos positivos. En efecto, los derechos negativos —desde la propiedad privada a los derechos de libertad— al consistir en expectativas negativas de no lesión son predominantemente *erga omnes*, en el sentido de que comportan a cargo de todos prohibiciones directa o indirectamente reconducibles al imperativo universal del *neminem laedere*. Y al contrario, los derechos positivos —desde los derechos patrimoniales de crédito a los derechos fundamentales sociales, como el derecho a la asistencia sanitaria o a la educación— al consistir en expectativas positivas de prestación, son predominantemente *erga singulum*, en el sentido de que comportan obligaciones de hacer impuestas únicamente a determinados sujetos. Desgraciadamente esta coincidencia no es perfecta, y ello impide incluir respectivamente el carácter absoluto y el carácter relativo en las definiciones de los derechos negativos y positivos formu-

ladas con la D.10.22 y con la D10.21, o la naturaleza de expectativas negativas y de expectativas positivas en las nociones de (derechos) absolutos y de (derechos) relativos formuladas con la D.10.32 y con la D10.33. Existen en efecto derechos negativos *erga singulum*, como todos los derechos relativos consistentes en expectativas negativas a los que corresponden prohibiciones de hacer —por ejemplo, la prohibición de edificar o la prohibición de competencia estipuladas en contrato— que pesan exclusivamente sobre determinadas personas. Y existen, por otro lado, derechos positivos *erga omnes*, como es por ejemplo el derecho absoluto al socorro en caso de grave peligro al que, de acuerdo con el artículo 593 del Código Penal italiano, corresponde la obligación universal de socorro a cargo de todos y cuyo incumplimiento constituye un delito. Se trata, es cierto, de figuras marginales y relativamente excepcionales. Pero son suficientes para excluir la coincidencia entre las dos distinciones.

Añádase que, al menos en el plano teórico, la relativa coincidencia entre derechos positivos y derechos relativos y entre derechos negativos y derechos absolutos, si bien caracteriza nuestra experiencia jurídica, no es en modo alguno lógicamente necesaria. Podrían efectivamente configurarse, además del derecho al socorro al que corresponde el delito de omisión del deber de socorro, otros derechos positivos absolutos o *erga omnes*, e incluso un sistema solidario en el que todos, incluidos los particulares, tuviesen la obligación de intervenir ante un estado de necesidad, por ejemplo de alimentar al hambriento o similares. Se trataría de un derecho (absoluto) a la caridad, sin duda bastante improbable, entre otras cosas por la infinidad de deberes (universales) de solidaridad difícilmente sancionables que comportaría⁴⁰. Y al contrario, bien podría concebirse un sistema radicalmente liberal donde, en nombre del valor primario asociado a la autonomía privada, incluso algunos derechos negativos de libertad, como la libertad de pensamiento o la libertad personal, fuesen configurados como derechos relativos, sólo frente al Estado y no también frente a los particulares, y susceptibles por consiguiente de negociación y de transacción⁴¹. Como veremos, también ésta es una hipótesis excluida por los ordenamientos modernos y no realizable salvo a costa de graves paradojas. Pero la posibilidad teórica de semejantes hipótesis representa otra confirmación de la ausencia de un nexo necesario entre negatividad y carácter absoluto y entre positividad y carácter relativo de los derechos.

10.15. Responsabilidad, condenas y sanciones

No menos compleja que la noción de ‘derecho subjetivo’ es la de ‘responsabilidad’, que designa también una clase heterogénea de situaciones pasivas. Es relativamente insólita en los usos corrientes, y en cualquier caso escasamente tratada, la configuración aquí propuesta de la responsabilidad como situación jurídica⁴²: concretamente, como la situación

consistente en el sometimiento a condenas y a las consiguientes sanciones; así como lo es la identificación del efecto del ilícito con ella, en lugar de con la sanción directamente. El efecto de un delito, diremos por ejemplo, no es directamente la pena, sino la expectativa de la (o el sometimiento a la) imposición de una pena, o lo que es lo mismo, la responsabilidad penal.

Para poner a prueba la adecuación explicativa de esta reconstrucción de la noción de ‘responsabilidad’ conviene proceder, al igual que para la definición de ‘derecho subjetivo’, a un análisis preliminar de la estructura atómica de las diversas formas de responsabilidad, con objeto de encontrar los requisitos compartidos por todas. De este análisis emergen dos tipos de responsabilidad estructuralmente distintos: *a)* una *responsabilidad pasiva*, que consiste en la expectativa positiva, o sea, en el sometimiento a una lesión, y *b)* una *responsabilidad activa*, que consiste en cambio en la obligación de una prestación impuesta al propio sujeto responsable. La primera forma de responsabilidad es típicamente la penal, y consiste en la situación pasiva de quien viene sometido a una sanción coercitiva de carácter público. La segunda en cambio es típicamente la civil, y consiste en la situación activa de quien es coercitivamente obligado a la ejecución específica de una cierta prestación o al resarcimiento de un daño. Podremos por tanto caracterizar la responsabilidad mediante la suma de dos tipos de situaciones: o como expectativa de lesiones o como obligación de prestaciones:

(ii) $(y)(x)(\text{RES}_{yx} \rightarrow ((\text{ASP}_{yx} \cdot \text{LES}_x) \vee (\text{OBL}_{yx} \cdot \text{PRT}_x)))$

Esta suma —de la que es preciso subrayar los rasgos opuestos y simétricos respecto a la que he propuesto para definir ‘derecho subjetivo’ (D10.20)— proporciona sin embargo una imagen sólo aproximativa y en todo caso insuficiente del concepto de responsabilidad jurídica. Sin duda expresa la sustancia de las distintas figuras de responsabilidad: su carácter desventajoso para los sujetos a los que se les imputan —expresado en su primera parte por las lesiones a las que vienen sometidos y, en la segunda, por las prestaciones a las que son obligados— y, por lo tanto, su naturaleza virtualmente coercitiva y el uso de la fuerza dispuesto para asegurar su actuación. Pero es insuficiente para ofrecer una definición adecuada de la misma, debiéndose en todo caso añadir que la responsabilidad es siempre el efecto de un acto ilícito. Sobre todo, además, nuestra fórmula es una expresión elíptica, dado que, en rigor, la responsabilidad consiste en la expectativa no ya directamente de la sanción constituida por la lesión o por la prestación que en nuestra fórmula figuran como los objetos de la misma, sino de la irrogación de dicha sanción por obra de una condena a partir de la constatación del acto ilícito que constituye su presupuesto. En efecto, al igual que la *anulación* de los *actos inválidos* (D9.33), también la *sanción* de los *actos ilícitos* aparece siempre precedida por una disposición judicial, cuya expectativa —en el

caso de los actos inválidos la *anulabilidad* (D9.32) y en el de los actos ilícitos la *responsabilidad*— es el efecto específico de unos y otros.

Para los fines de este análisis deberemos, pues, integrar nuestra suma lógica con una constelación de conceptos conectados entre sí, algunos ya disponibles y otros por definir. Están ya disponibles los conceptos de ‘ilícito’, identificado en su momento con todo acto informal prohibido (D9.4), de ‘constatación’, introducido como primitivo por el postulado P15 y ya utilizado en la definición de ‘prueba’ y de ‘interpretación’ (D6.5 y D6.6), y de ‘(uso de la) fuerza’, introducido como primitivo por el postulado P16 que admite su legitimidad sólo si viene previsto por normas hipotético-deónticas y que por tanto excluye, como se ha visto en el § 8.14, cualquier forma desregulada o ilimitada del mismo. Es preciso en cambio definir dos nuevos conceptos: la ‘condena’, que podemos identificar con la decisión cuya expectativa se halla predisuelta por una norma como efecto de un ilícito y cuyo efecto es la expectativa de una lesión o la obligación de una prestación, una y otra desventajosas y por ello aseguradas mediante el uso de la fuerza; y la ‘sanción’, que podemos identificar con la lesión o con la prestación desventajosas que actúan, o sea, que ejecutan una condena.

D10.34 ‘Condena’ es la decisión que constata un acto lícito, en actuación de la expectativa predisuelta por una norma como su efecto sobre el sujeto al que se le imputa el ilícito, y que produce como efecto el sometimiento de ese mismo sujeto a una lesión o a la obligación de una prestación, ambas desventajosas e impuestas mediante la fuerza.

$$(x'')(x')(\text{CON}_{xx'} \equiv (\exists y'')(\exists y')(\exists r)(\exists z)(\text{DEC}_{x''y''} \cdot \text{ACC}_{x''x'} \cdot \text{ILL}_{x'} \cdot \text{ASPy}''x'' \cdot \text{REG}_{y'} \cdot \text{NOR}_r \cdot \text{EFF}_{y'}x' \cdot \text{IMPy}'z \cdot \text{SGG}_z \cdot \text{ILL}_{x'} \cdot \text{IMP}_{zx'} \cdot \text{EFF}_{y''}x'' \cdot \text{IMPy}'z \cdot \text{M}(\exists x)((\text{ASPy}''x \cdot \text{LES}_x) \vee (\text{OBL}_{y''}x \cdot \text{PRT}_x)) \cdot \text{ATZ}_{xy''} \cdot \text{SVA}_x \cdot \text{FZA}_x)))$$

D10.35 ‘Sanción’ es la lesión o la prestación consistentes en la actuación desventajosa y coercitiva de la expectativa de la primera o de la obligación de la segunda producidas por la decisión de condena por un ilícito.

$$(x)(x')(\text{SAN}_{xx'} \equiv (\exists y'')(\text{ATZ}_{xy''} \cdot \text{SVA}_x \cdot \text{FZA}_x \cdot ((\text{ASPy}''x \cdot \text{LES}_x) \vee (\text{OBL}_{y''}x \cdot \text{PRT}_x)) \cdot (\exists x'')(\text{DEC}_{x''y''} \cdot \text{CON}_{x''x'} \cdot \text{ILL}_{x'})))$$

A partir de aquí podemos formular una definición de ‘responsabilidad’ estructuralmente análoga a la de ‘anulabilidad’ (D9.32): como efecto de un ilícito predisuelto por una norma y consistente en la expectativa de la condena a una sanción; con la única diferencia de que mientras que la anulación es la misma medida que satisface la expectativa consistente en la anulabilidad (T9.227) y que extingue por tanto la secuencia de los actos y de las situaciones, la condena es una medida que requiere a su vez ser ejecutada, precisamente, por la sanción.

D10.36 '*Responsabilidad*' es el efecto de un acto ilícito, consistente en la expectativa, predispuesta por una norma sobre el sujeto al que se le imputa el ilícito, de una condena a sufrir una sanción.

$$(y')(x')(RESy'x' \equiv (EFFy'x' \cdot ILLx' \cdot (\exists r)(NORr \cdot REGry') \cdot IMPy'z \cdot SGGz \cdot IMPzx' \cdot M(\exists x'')(\exists y'')(\exists x)(ASPy'x'' \cdot CONx''x' \cdot EFFy''x'' \cdot (ASPy''x \vee OBLy''x) \cdot SANxx'))))$$

Así pues, contrariamente a la idea kelseniana del nexo de «deber ser» que ligaría directamente ilícito y sanción⁴³, el acto ilícito no produce como efecto una sanción: aunque sólo sea porque la sanción es un acto, o si se quiere una actividad, y por tanto no puede ser un efecto jurídico. Pero ni siquiera puede decirse que el efecto del ilícito sea inmediatamente el sometimiento a una sanción. Dicho efecto consiste, más propiamente, en la expectativa de la condena que prescribe la sanción y que es precisamente la responsabilidad; mientras que el sometimiento a la sanción, por ejemplo penal, o sea, la expectativa y la obligación correspondiente de su ejecución, no sigue directamente al delito sino a la condena, que justamente prescribe su imposición.

La responsabilidad se configura por tanto como una situación pasiva producida por un acto ilícito que se atribuye al sujeto al que se imputa éste (T10.193), predispuesta por una norma hipotético-deontica (T10.194) como efecto de ese mismo ilícito (T10.195) y consistente en la expectativa de una condena garantizada por la obligación de imponerla (T10.196). Adviértase que no vale la tesis inversa, según la cual el efecto de un ilícito siempre sería la expectativa de una condena. El efecto de los ilícitos civiles de tipo extracontractual es la obligación de resarcir el daño, y sólo eventualmente, cuando tal obligación no sea satisfecha espontáneamente, la expectativa de condena; y es sólo en esta expectativa en lo que consiste propiamente la responsabilidad.

T10.193 $(y)(x)(RESyx \rightarrow (SIPy \cdot IMPyz \cdot SGGz \cdot IMPzx \cdot EFFyx \cdot ILLx))$

D10.36, D10.34, T9.82, T9.13, D6.4

T10.194 $(y)(x)(RESyx \rightarrow (\exists r)(NIPr \cdot NDEr \cdot REGry))$

D10.36, T10.193, T8.42

T10.195 $(y)(x)(RESyx \rightarrow (EFFyx \cdot ILLx))$

D10.36

T10.196 $(y')(x')(RESy'x' \rightarrow M(\exists x'')(ASPy'x'' \cdot CONx''x' \cdot (\exists y'')(GARy''y' \cdot OBLy''x'')))$

D10.36, T2.60, D3.5

La condena, a su vez, es la actuación de la responsabilidad (T10.197). Más exactamente, es una decisión cuyo efecto es la expectativa de una lesión o la obligación de una prestación, confiadas ambas a ese particular uso de la fuerza que es la sanción (T10.198): la cual, por lo tanto, tampoco es directamente actuación de la responsabilidad, sino del dispositivo de condena. La responsabilidad, en suma, puede ser configurada como la expectativa de la expectativa de sanciones, es decir, de lesiones o prestaciones coercitivas (T10.199): brevemente, es la expectativa de

la *sancionabilidad*, o sea, de la *justiciabilidad* de los ilícitos mediada por su condenabilidad.

- T10.197 $(x'')(x')(\text{CON}x''x' \rightarrow (\exists y)(\text{AT}Zx''y \cdot \text{RES}yx' \cdot \text{ILL}x'))$
 D10.34, D10.36, D10.35, T9.82, T9.16, D2.7
- T10.198 $(x'')(x')(\text{CON}x''x' \rightarrow (\exists y)(\text{DEC}x''y \cdot \text{EFF}yx'' \cdot \text{M}(\exists x)((\text{ASP}yx' \cdot \text{LES}x) \vee (\text{OBL}yx \cdot \text{PRT}x)) \cdot \text{FZAx} \cdot \text{SAN}xx'))$
 D10.34, D10.35, D10.18, D10.19, T5.16, T2.75
- T10.199 $(y')(x')(\text{RES}y'x' \rightarrow \text{M}(\exists x'')(\text{ASP}y'x'' \cdot \text{CON}x''x' \cdot (\exists y'')(\text{DEC}x''y'' \cdot \text{EFF}y'x'' \cdot \text{M}(\exists x)((\text{ASP}y''x \cdot \text{LES}x) \vee (\text{OBL}y''x \cdot \text{PRT}x)) \cdot \text{FZAx} \cdot \text{SAN}xx'))))$
 T10.196, T10.198

Descomponiendo la suma lógica que define la condena y que corresponde a la enunciada por nuestra expresión (ii) y por las tesis T10.198 y T10.199, podemos llamar además ‘responsabilidad pasiva’ a la expectativa de una condena a (sufrir) una lesión, como son las penas y las sanciones administrativas, y ‘responsabilidad activa’ a la expectativa de una condena a (realizar) una prestación, como la ejecución específica o el resarcimiento del daño.

D10.37 ‘Responsabilidad pasiva’ es la responsabilidad consistente en la expectativa de una condena a sufrir una sanción consistente en una lesión.

$$(y')(x')(\text{REPy}'x' \equiv (\text{RES}y'x' \cdot \text{M}(\exists x'')(\text{ASP}y'x'' \cdot \text{CON}x''x' \cdot (\exists y'')(\text{EFF}y'x'' \cdot \text{M}(\exists x)(\text{ASP}y''x \cdot \text{SAN}xx' \cdot \text{LES}x))))))$$

D10.38 ‘Responsabilidad activa’ es la responsabilidad consistente en la expectativa de una condena a sufrir una sanción consistente en una prestación.

$$(y')(x')(\text{REAy}'x' \equiv (\text{RES}y'x' \cdot \text{M}(\exists x'')(\text{ASP}y'x'' \cdot \text{CON}x''x' \cdot (\exists y'')(\text{EFF}y'x'' \cdot \text{M}(\exists x)(\text{OBL}y''x \cdot \text{SAN}xx' \cdot \text{PRT}x))))))$$

Es fácil mostrar que el primer tipo de responsabilidad, de condenas y de sanciones, es predominante en materia penal, mientras que el segundo resulta predominante en materia civil. El uno vale para caracterizar predominantemente los ilícitos de derecho público y típicamente los delitos; el otro es predominantemente característico de los ilícitos civiles. Predominantemente, pero no exclusivamente. En efecto, también la responsabilidad penal puede consistir en el sometimiento a una condena a prestaciones: por ejemplo, al pago de una sanción pecuniaria. Y también la responsabilidad civil, a su vez, puede consistir en el sometimiento a una condena a sufrir directamente una lesión: por ejemplo una ejecución forzosa.

Finalmente, la sanción resulta caracterizada por dos elementos. El primero es el hecho de ser actuación de la expectativa o de la obligación dispuestas por una condena (T10.200). El segundo es su naturaleza de «mal» o de desventaja impuesta mediante la fuerza⁴⁴, ya consista en una lesión, como es típicamente la sanción penal por los delitos, ya consista

en una prestación, como es típicamente la sanción civil por los ilícitos civiles (T10.201). No debe engañarnos el hecho de que el resarcimiento del daño, comúnmente calificado —de forma elíptica— como sanción civil, pueda ser cumplido espontáneamente, es decir, en forma no sancionatoria por ser independiente de la condena. ‘Sanción’, propiamente, es sólo la prestación coercitivamente impuesta por una condena, y por lo tanto, cuando se trate del resarcimiento del daño, es sólo el efectuado no ya espontáneamente sino coactivamente a continuación de un pronunciamiento judicial.

T10.200	$(x)(x')(\text{SAN}_{xx'} \rightarrow (\exists y)(\text{ATZ}_{xy} \cdot (\text{ASPyx} \vee \text{OBL}_{yx}) \cdot (\exists x'')(\text{DECx''y} \cdot \text{CONx''x'} \cdot \text{ILL}_{x'})))$	D10.35
T10.201	$(x)(x')(\text{SAN}_{xx'} \rightarrow ((\text{LES}_x \vee \text{PRT}_x) \cdot \text{SVA}_x \cdot \text{FZA}_x))$	D10.35

Hemos identificado así en el uso de la fuerza, no sólo permitido sino debido en cuanto actuación del dispositivo de una condena, el último y más característico rasgo de la sanción. Gracias a la fuerza de la sanción es como se realiza la que en el próximo capítulo llamaré ‘garantía secundaria’ (D10.40) de la responsabilidad y, consiguientemente, la que llamaré ‘efectividad secundaria’ (D10.51). Si es verdad, como afirma el postulado P16, que el derecho es la negación de la fuerza desregulada, también lo es que la regulación jurídica de la fuerza en forma de sanción es una condición insuprimible de su efectividad. De ahí que el derecho penal, en el modelo garantista de derecho penal mínimo que será estudiado en el capítulo XV, represente en sí mismo, en alternativa a las hipótesis abolicionistas, un sistema de garantías —sustanciales (o primarias) y procesales (o secundarias)— de los derechos contra las ofensas indebidas y contra los castigos indebidos, y por lo tanto una técnica de minimización tanto de las primeras como de los segundos⁴⁵.

Por otro lado, la sanción, al igual que la anulación, siendo el objeto de obligaciones o de expectativas, puede de hecho no ser irrogada. Hablaremos en tal caso de ineffectividad de la responsabilidad; así como en el caso de ausencia de anulación de un acto inválido hablaremos de ineffectividad de la anulabilidad. Se trata, como se verá en el § 10.21, de una ineffectividad de segundo grado (de las que en el 10.18 llamaré ‘*normas secundarias*’), que se suma a la ineffectividad de primer grado (de las que llamaré ‘*normas primarias*’) manifestada por la comisión del acto ilícito o del acto inválido.

Pero no es sólo esto. También es posible encontrar, por carencia de previsión normativa, actos ilícitos sin sanción; como también pueden existir, por análoga carencia, actos inválidos sin anulación. Finalmente, y lo que es más grave, pueden existir derechos a los que se correspondan deberes cuyo contenido e incluso el propio titular sean indeterminados, y cuya obediencia por consiguiente resulte completamente incierta y no garantizada. En todos estos casos nos hallamos —de hecho o de derecho— frente a una carencia de garantías, o sea, de las propias técnicas

de las que depende la efectividad de las situaciones, y por tanto frente a la que más adelante llamaré ‘inefectividad estructural secundaria’ (D10.55). Las obligaciones correspondientes a la responsabilidad y a la anulabilidad representan en efecto, como ahora veremos, las dos ‘garantías secundarias’ predisuestas contra las dos clases de actos prohibidos identificados hasta aquí: la de los *actos informales ilícitos* y la de los *actos formales inválidos*. E intervienen cuando el derecho es inefectivo por la desobediencia, ilícita o inválida, de las que en el próximo párrafo llamaré ‘garantías primarias’. De esta manera, el análisis hasta aquí desarrollado de las relaciones jurídicas entre derechos y deberes, así como entre la anulabilidad y la responsabilidad y las correspondientes obligaciones de anulación y de condena, nos sitúa ahora en condiciones de afrontar de manera orgánica y sistemática el tema de las garantías, central en toda teoría del estado de derecho aunque por lo común haya sido totalmente ignorado.

10.16. *Garantías primarias y garantías secundarias.*

Las garantías primarias o sustanciales y las relaciones jurídicas

El concepto de garantía no pertenece al léxico habitual de la teoría general del derecho. En este libro ha sido introducido desde el § 3.5 como categoría general no sólo de la teoría del derecho sino antes incluso de la deontica, mediante su definición como la obligación o la prohibición correspondiente a las expectativas positivas y negativas (D3.5, T3.35-T3.39). Más tarde, en el capítulo VI, he caracterizado las garantías jurídicas como situaciones activas (de obligación o prohibición) diseñadas para la tutela de las situaciones pasivas (de expectativa positiva o negativa) (T6.68-T6.71). Por lo tanto, desde el capítulo III y luego en el capítulo VII, las he identificado con el lado activo de las relaciones jurídicas, de las que las situaciones pasivas garantizadas forman el lado pasivo (T3.44-T3.45, T7.59). He configurado además todas las funciones, o sea, los poderes-deberes imputados a un sujeto en interés de otro sujeto, comenzando por los poderes representativos (T10.45), como garantías de las expectativas para cuya tutela son conferidas. Y he establecido una relación biunívoca entre la razón social de una institución y las garantías de las expectativas para cuya satisfacción aquélla es instituida (T8.104, D10.17, T10.106, T10.108, T10.110). Finalmente he calificado como garantías tanto las obligaciones y prohibiciones correspondientes a los derechos subjetivos, respectivamente positivos y negativos (T10.124, T10.126, T10.135-T10.136), como la obligación de anulación correlativa a la expectativa de anulabilidad de los actos inválidos (T9.230-T9.231) y la de condena correlativa a la expectativa de la responsabilidad por actos ilícitos (T10.196).

Ahora pretendo analizar estas dos últimas clases de garantías jurídicas, las garantías de los derechos subjetivos y las de la responsabilidad

y la anulabilidad. Se configuran como las técnicas de garantía de dos niveles distintos de efectividad. De un lado, las *garantías de los derechos subjetivos*, cuya actuación equivale a una efectividad sustancial o, como diremos más adelante, de primer grado de los derechos mismos: por ejemplo, la no violación legislativa de un derecho de libertad, o la satisfacción de un crédito en cumplimiento de un débito, o incluso la no desobediencia a una prohibición penal, por ejemplo de robo, establecida en tutela del derecho de propiedad. De otro lado, las *garantías de la anulabilidad y de la responsabilidad*, que intervienen en caso de inactuación o de ineffectividad de las garantías del primer tipo, y más en general de violaciones jurídicas, a fin de hacer posible —mediante la anulación de los actos inválidos y la condena por los actos ilícitos— una efectividad aunque sólo sea subsidiaria o de segundo grado.

Lamaré '*garantías primarias*', de '*primer grado*' o '*sustanciales*' a las garantías del primer tipo, dirigidas precisamente a realizar una efectividad de los derechos garantizados que es también primaria, sustancial o de primer grado; y '*garantías secundarias*', de '*segundo grado*', '*instrumentales*', '*procesales*' o '*jurisdiccionales*' a las garantías del segundo tipo, orientadas a asegurar al menos una efectividad secundaria, jurisdiccional o de segundo grado a través de la anulabilidad o de la responsabilidad por los actos cometidos en violación de las primeras.

D10.39 '*Garantía primaria*' es la obligación de prestación o la prohibición de lesión dispuestas en garantía de un derecho subjetivo.

$$(y'')(y')(GAPy''y' \equiv (M(\exists x)((OBLy''x \cdot PRTxy') \vee (DIVy''x \cdot LESxy')) \cdot GARy''y' \cdot DIRy'))$$

D10.40 '*Garantía secundaria*' es la obligación de anulación o de condena predispuestas en garantía de la anulabilidad de un acto inválido o de la responsabilidad por un acto ilícito.

$$(y'')(y')(GASy''y' \equiv (\exists x')(M(\exists x'')(OBLy''x' \cdot (ANNx''x' \vee CONx''x')) \cdot (\exists r)(REGry'' \cdot NORr) \cdot GARy''y' \cdot ((ANBy''x' \cdot INVx') \vee (RESy''x' \cdot ILLx')))))$$

Las garantías primarias son, pues, las garantías de los derechos (T10.202); las garantías secundarias lo son en cambio de la anulabilidad y de la responsabilidad (T10.203) frente a las posibles violaciones de las primeras por obra de actos inválidos o de actos ilícitos⁴⁶. En ambos casos se trata de deberes (T10.204). En concreto, mientras que las garantías primarias son deberes consistentes o en obligaciones de prestación o en prohibiciones de lesión, según que los derechos garantizados sean positivos o negativos (T10.205), las garantías secundarias son siempre y sólo obligaciones, consistiendo en la obligación de la anulación o de la condena (T10.206) correlativa a esas particulares expectativas positivas que son la anulabilidad y la responsabilidad (D9.32, T10.196, T1.199). Se comprende que las garantías secundarias sean siempre subsidiarias

de las primarias: intervienen como obligaciones de pronunciar la anulación o la condena de los actos inválidos o de los actos ilícitos, o sea, de las violaciones jurídicas (T9.192) en las que todos estos actos consisten (T10.207), incluidas por lo tanto las violaciones de los derechos y de las respectivas garantías primarias. Pero son precisamente las garantías secundarias las que caracterizan específicamente al derecho positivo frente a todos los demás sistemas normativos gracias a la efectividad que permiten asegurar mediante la coerción y el uso regulado de la fuerza.

- T10.202 (y'')(y')(GAPy''y' → (GARy''y' · DIRy')) D10.39
 T10.203 (y'')(y')(GASy''y' → (GARy''y' · (∃x)(ANBy''x v RESy''x))) D10.40
 T10.204 (y'')(y')((GAPy''y' v GASy''y') → DOVy'')
 D10.39, D10.40, D10.18, D10.19, D9.33, D10.34, T9.71, T9.82, T9.13, D10.2
 T10.205 (y'')(y')((GAPy''y' · (DPOy' v DNEy')) → (DOVy' ·
 M(∃x)((OBLy''x · PRTxy') v (DIVy''x · LESxy')))) D10.39, T10.204
 T10.206 (y'')(y')(GASy''y' → M(∃x'')(∃x')(OBLy''x' · (ANNx''x' v
 CONx''x')))) D10.40
 T10.207 (y'')(y')(GASy''y' → (x')(y')((VIOx'y' · DIRy' · INOx'y · GAPyy') →
 M(∃x'')(∃x')(OBLy''x' · ((ANNx''x' · INVx') v (CONx''x' · ILLx')))))
 T10.206, T9.227, T10.197

Tanto las garantías primarias como las secundarias dependen evidentemente de la acción de sujetos distintos de los titulares de las situaciones pasivas garantizadas: en el caso de las garantías primarias, de su obediencia por parte de los sujetos obligados a satisfacer o a no violar los derechos garantizados; en el caso de las garantías secundarias, de su obediencia por parte de autoridades judiciales llamadas a pronunciarse sobre la anulabilidad de los actos inválidos o sobre la responsabilidad por los actos ilícitos. Es en esta relación entre sujetos titulares de situaciones pasivas y sujetos titulares de las situaciones activas que son garantía de las primeras en lo que consisten todas las relaciones jurídicas (T10.208). Y es en la espesa red de estas relaciones de interdependencia donde residen los lazos de solidaridad y de reciprocidad con los que está tejida la vida civil, como ya se dijo en el § 3.4 y luego en los §§ 6.7, 10.13 y 10.14. En particular, todos los sujetos que son titulares de derechos subjetivos, positivos o negativos, se hallan en relación jurídica con los sujetos a quienes se imputan los deberes positivos y negativos que representan las garantías primarias de sus derechos.

- T10.208 (z')(z'')(RAGz'z' → (∃y')(∃y'')(SIPy' · SIAy'' · SGGz' · SGGz'' ·
 TITz'y' · TITz''y'' · GARy''y')) D7.11, D3.5, T3.35
 T10.209 (z')(y')(x)((SGGz' · TITz'y'(DPOy'x v DNEy'x)) →
 (∃z'')(∃y'')(RAGz'z' · SGGz'' · IMPz''y'' · GAPy''y' ·
 (DOPy''y' v DONy''y')))) T10.174, T10.176, D10.39, D10.28,
 D10.29, D10.21, D10.22, T3.36, D10.20

En virtud de tales relaciones, todo derecho tiene como garantía primaria el deber, público y/o privado, consistente en la obligación de

prestación o en la prohibición de lesión que al mismo corresponde (T10.210, T10.211). Concretamente: los derechos positivos encuentran su garantía primaria positiva en la obligación de la correspondiente prestación (T10.212), mientras que los negativos tienen su garantía primaria negativa en la prohibición de la correspondiente lesión (T10.213). Y a la inversa, los deberes positivos son las garantías primarias de los correspondientes derechos positivos (T10.214), mientras que los negativos lo son de los correspondientes derechos negativos (T10.215). De manera que las violaciones y las satisfacciones de los derechos son siempre el reflejo de la desobediencia y de la obediencia a los deberes que constituyen sus garantías primarias (T10.220-T10.221): ya se trate de la realización de actos mediante los que se violan derechos negativos (T10.216) o se satisfacen por el contrario derechos positivos (T10.217); ya se trate de la omisión de actos mediante los que se respetan derechos negativos (T10.218) o se violan por el contrario derechos positivos (T10.219).

T10.210 $(y'')(y')((GAPy''y' \cdot DIRy') \rightarrow M(\exists x)(DOVy''x \cdot ((OBLy''x \cdot PRTx) \vee (DIVy''x \cdot LESx))))$ D10.39, D10.2, D10.18, D10.19

T10.211 $(y')(DIRy' \equiv (\exists y'')(SITy' \cdot GAPy''y' \cdot ((M(\exists x)(OBLy''x \cdot PRTxy') \vee M(\exists x)(DIVy''x \cdot LESxy')))))$ D10.20, T2.60, T2.61, D3.5, T3.35, D10.39, T10.117

T10.212 $(y')(DPOy' \rightarrow (DIRy' \cdot (\exists y'')(GAPy''y' \cdot M(\exists x)(OBLy''x \cdot PRTxy' \cdot ASPy'x))))$ D10.39, D10.21, T2.60, D3.5, T10.141

T10.213 $(y')(DNEy' \rightarrow (DIRy' \cdot (\exists y'')(GAPy''y' \cdot M(\exists x)(DIVy''x \cdot LESxy' \cdot ASPy'\perp x))))$ D10.39, D10.22, T2.61, T3.35, T10.141

T10.214 $(y'')(DOPy'' \rightarrow (\exists y')(GAPy''y' \cdot DPOy'))$ D10.39, D10.28, D3.5, D10.21, T10.141

T10.215 $(y'')(DONy'' \rightarrow (\exists y')(GAPy''y' \cdot DNEy'))$ D10.39, D10.29, T3.35, D10.22, T10.141

T10.216 $(x)(y')((VIOxy' \cdot DNEy'x) \rightarrow (\exists y'')(INOxy'' \cdot GAPy''y'))$ T2.112, D10.22, T3.35, D10.39, T10.141

T10.217 $(x)(y')((SODxy' \cdot DPOy'x) \rightarrow (\exists y'')(OTTxy'' \cdot GAPy''y'))$ T2.110, D10.21, D3.5, D10.39, T10.141

T10.218 $(x)(y')((SOD\perp xy' \cdot DNEy'x) \rightarrow (\exists y'')(OTT\perp xy'' \cdot GAPy''y'))$ T2.107, D10.22, T3.35, D10.39, T10.141

T10.219 $(x)(y')((VIO\perp xy' \cdot DPOy'x) \rightarrow (\exists y'')(INO\perp xy'' \cdot GAPy''y'))$ T2.108, D10.21, D3.5, D10.39, T10.141

T10.220 $(x)(y')(((VIOxy' \cdot DNEy'x) \vee (VIO\perp xy' \cdot DPOy'x)) \rightarrow (\exists y'')((INOxy'' \vee INO\perp xy'') \cdot GAPy''y'))$ T10.216, T10.219

T10.221 $(x)(y')(((SODxy' \cdot DPOy'x) \vee (SOD\perp xy' \cdot DNEy'x)) \rightarrow (\exists y'')((OTTxy'' \vee OTT\perp xy'') \cdot GAPy''y'))$ T10.217, T10.218

Por consiguiente las garantías de los derechos son estructuralmente distintas según que éstos sean universales o singulares, absolutos o relativos. En concreto, puede demostrarse que los derechos, sean positivos o negativos, tienen como garantías primarias deberes absolutos o relativos según que sean universales o singulares (T10.222-T10.225), y deberes

universales o singulares según que sean absolutos o relativos (T10.226-T10.229).

T10.222 (y')(x)((DNEy'x · UNly') → (∃y'')(GAPy'y' · DONy"x · ASSy" · DIVy"x · LESxy'))	T10.178, D10.22, D10.29, T3.36, D10.39, T10.132
T10.223 (y')(x)((DPOy'x · UNly') → (∃y'')(GAPy'y' · DOPy"x · ASSy" · OBLy"x · PRTxy'))	T10.179, D10.21, D10.28, T3.36, D10.39, T10.141
T10.224 (y')(x)((DNEy'x · SINy') → (∃y'')(GAPy'y' · DONy"x · RELy" · DIVy"x · LESxy'))	T10.182, D10.22, D10.29, T3.36, D10.39, T10.132
T10.225 (y')(x)((DPOy'x · SINy') → (∃y'')(GAPy'y' · DOPy"x · RELy" · OBLy"x · PRTxy'))	T10.183, D10.21, D10.28, T3.36, D10.39, T10.141
T10.226 (y')(x)((DNEy'x · ASSy') → (∃y'')(GAPy'y' · DONy"x · UNly" · DIVy"x · LESxy'))	T10.180, D10.22, D10.29, T3.36, D10.39, T10.132
T10.227 (y')(x)((DPOy'x · ASSy') → (∃y'')(GAPy'y' · DOPy"x · UNly" · OBLy"x · PRTxy'))	T10.181, D10.21, D10.28, T3.36, D10.39, T10.141
T10.228 (y')(x)((DNEy'x · RELy') → (∃y'')(GAPy'y' · DONy"x · SINy" · DIVy"x · LESxy'))	T10.184, D10.22, D10.29, T3.36, D10.39, T10.132
T10.229 (y')(x)((DPOy'x · RELy') → (∃y'')(GAPy'y' · DOPy"x · SINy" · OBLy"x · PRTxy'))	T10.185, D10.21, D10.28, T3.36, D10.39, T10.141

Inversamente, los deberes, sean negativos o positivos, son las garantías primarias de los derechos universales o singulares según que sean absolutos o relativos (T10.230-T10.233), y de los derechos absolutos o relativos según que sean universales o singulares (T10.234-T10.237).

T10.230 (y'')(x)((DONy"x · ASSy") → (∃y')(GAPy'y' · DNEy'x · UNly' · ASPy'lx · LESxy'))	T10.178, D10.22, D10.29, T3.36, D10.39, T10.132
T10.231 (y'')(x)((DOPy"x · ASSy") → (∃y')(GAPy'y' · DPOy'x · UNly' · ASPy'x · PRTxy'))	T10.179, D10.21, D10.28, T3.36, D10.39, T10.141
T10.232 (y'')(x)((DONy"x · RELy") → (∃y')(GAPy'y' · DNEy'x · SINy' · ASPy'lx · LESxy'))	T10.182, D10.22, D10.29, T3.36, D10.39, T10.132
T10.233 (y'')(x)((DOPy"x · RELy") → (∃y')(GAPy'y' · DPOy'x · SINy' · ASPy'x · PRTxy'))	T10.183, D10.21, D10.28, T3.36, D10.39, T10.141
T10.234 (y'')(x)((DONy"x · UNly") → (∃y')(GAPy'y' · DNEy'x · ASSy' · ASPy'lx · LESxy'))	T10.180, D10.22, D10.29, T3.36, D10.39, T10.132
T10.235 (y'')(x)((DOPy"x · UNly") → (∃y')(GAPy'y' · DPOy'x · ASSy' · ASPy'x · PRTxy'))	T10.181, D10.21, D10.28, T3.36, D10.39, T10.141
T10.236 (y'')(x)((DONy"x · SINy") → (∃y')(GAPy'y' · DNEy'x · RELy' · ASPy'lx · LESxy'))	T10.184, D10.22, D10.29, T3.36, D10.39, T10.132
T10.237 (y'')(x)((DOPy"x · SINy") → (∃y')(GAPy'y' · DPOy'x · RELy' · ASPy'x · PRTxy'))	T10.185, D10.21, D10.28, T3.36, D10.39, T10.141

En suma, la primera garantía de un derecho reside en el hecho de que alguien sea titular del deber correspondiente; la segunda, en el hecho de que alguien sea titular del deber de actuar la responsabilidad o la anulabilidad consiguiente a la violación del primero. La estructura garantista del ordenamiento resulta una vez más caracterizada como una compleja red de relaciones jurídicas tanto singulares como universales, y tanto horizontales como verticales.

Pero esta red —ya perfilada en una primera aproximación en el § 7.6 con las tesis T7.59-7.63— puede presentar, de hecho, las desmalladuras y los desgarros de los que se ha hablado en el § 8.7. En efecto, como se ha dicho varias veces para las garantías en general desde el § 3.5, las garantías primarias, aunque lógicamente implicadas por las expectativas que constituyen el contenido de los derechos, pueden de hecho faltar, debido a la estructura nomodinámica de los ordenamientos positivos comentada ya en el § 1.3 y por lo tanto a su posible falta de plenitud y contradictoriedad. Es lo que sucede cuando un derecho subjetivo viene establecido sin que aparezca determinado el (titular del) deber correspondiente, y por ello sin que esté concretamente identificada la relación jurídica generada. Piénsese, por ejemplo, en muchos derechos sociales, como el derecho al trabajo previsto en el artículo 4 de la Constitución italiana, al que no corresponden obligaciones taxativas atribuidas a sujetos u órganos explícita y exactamente determinados. Pero piénsese en general en todos los derechos negativos: si en garantía del derecho a la vida o del derecho de propiedad faltasen normas penales contra el homicidio o contra el robo, estos actos, en virtud del principio de estricta legalidad penal, no serían punibles como delitos; incluso la obligación de resarcimiento del daño como consecuencia de la lesión de un derecho subjetivo tiene su fundamento en una norma, como es el artículo 2043 del Código Civil italiano. Se confirma así, nuevamente, el papel normativo de la teoría del derecho en relación con el derecho positivo y también con su interpretación por los operadores jurídicos y los juristas. Aun cuando sean fundamentales y estén constitucionalmente sancionados, los derechos postulan siempre una legislación de actuación, es decir, el deber ser jurídico de las garantías primarias representadas por los deberes correspondientes, so pena de su indebida descalificación como vacías declamaciones normativas.

Es ésta una adquisición teórica y metateórica de enorme importancia sobre la que no me cansaré de insistir. La técnica de tutela de los derechos bajo la forma de garantías primarias y de las conexas relaciones jurídicas con deberes correspondientes es del todo obvia para los derechos patrimoniales, estructurados desde siempre, en nuestra tradición jurídica, según el paradigma de los derechos reales *erga omnes* y de los personales *erga singulum*, o sea, frente a sujetos que resultan gravados por las correspondientes prohibiciones y por las correlativas obligaciones por efecto de los mismos actos de los que los derechos son producto. Pero no ha sido asumida por completo en el plano teórico, ni mucho menos realizada en el práctico, por lo que se refiere a esos derechos universales que como veremos son los ‘derechos fundamentales’ (D11.1). En efecto, si dicha técnica está generalmente asegurada, aunque sea imperfectamente, para los derechos de libertad y para los demás derechos fundamentales negativos, no lo está para gran parte de los derechos sociales positivos. En las experiencias del estado social del siglo xx, o peor aún en las de los viejos socialismos reales, la mayor parte de los proclamados derechos

sociales y de sus deberes públicos conexos han sido tratados durante mucho tiempo como genéricas necesidades, cuya satisfacción ha quedado remitida, en lugar de a su consagración como derechos garantizados por correlativas obligaciones, a intervenciones de tipo burocrático y autoritario confiadas a poderes discrecionales y actuadas según criterios potestativos de tipo político o clientelar. En cambio, la estructura del estado constitucional de derecho se caracteriza, en su modelo normativo, por la tutela de las necesidades vitales de las personas a través de su reconocimiento como derechos fundamentales, y por la consiguiente configuración de la que luego llamaré ‘esfera pública’ (D11.36) como un sistema de prohibiciones de lesión y de obligaciones de prestación, o sea, de límites y vínculos dispuestos para su garantía.

De ahí el papel crítico y proyectivo de nuestras tesis, como *principia iuris* aunque no *in iure*, frente al derecho existente. A partir de ellas las carencias de garantías primarias —o sea, de la previsión normativa de los deberes positivos o negativos correspondientes, en particular, a los derechos constitucionalmente establecidos, así como de los sujetos específicamente vinculados por ellos— resultan en efecto configuradas, como se dijo desde el § 3.6 y como mejor se aclarará en el §10.19, como indebidas *lagunas* que deben ser colmadas a través de interpretaciones o decisiones adecuadas a fin de que no se resuelvan en otros tantos factores de ineffectividad.

En el plano del derecho positivo bien puede suceder que un deber semejante se encuentre explicitado normativamente. «La Déclaration des droits contient les obligations des législateurs», establece el artículo 1 del capítulo «deberes» de la Constitución francesa del Año III. Y esa misma tesis bien puede ser afirmada en sede de interpretación, como ha sucedido en Italia por obra de la Corte Constitucional con el reconocimiento del carácter inmediatamente preceptivo y no programático de todas las normas de la Constitución⁴⁷. Pero esto no es suficiente para colmar las lagunas. En los ejemplos ya propuestos del derecho al trabajo y del derecho a la salud, establecer normativamente (y tautológicamente) que *regulae sunt servandae* no sirve para dar vida real a las obligaciones, o sea, a las funciones e instituciones públicas correspondientes. Ello quiere decir que nuestras tesis sobre la implicación entre derechos y garantías, aunque son recabables de normas de derecho positivo, permanecen en realidad como *principia iuris tantum*, en cuya virtud existen, en correspondencia con los derechos establecidos, si no las obligaciones o prohibiciones correlativas, al menos la obligación de establecerlas: por así decir la «meta-obligación», cuando la laguna no pueda colmarse tampoco mediante interpretación sistemática, de impulsar intervenciones normativas que establezcan las obligaciones y las prohibiciones que falten y los sujetos llamados a obedecerlas.

10.17. *Las garantías secundarias o jurisdiccionales de la anulabilidad y de la responsabilidad*

Si las *garantías primarias* o sustanciales consisten en los deberes de prestación o de no lesión dispuestos para la tutela de los correlativos derechos, las *garantías secundarias* o instrumentales consisten, como se ha dicho, en los deberes de poner remedio a los actos inválidos o ilícitos, que son inobservancia de las garantías primarias, a través de su anulación o de su sanción (T10.206-T10.207). Se trata también de garantías; pero de garantías por así decir *de segundo grado*, que intervienen en caso de ineffectividad de las garantías *de primer grado*. En efecto, garantizar un derecho quiere decir resolver dos órdenes de problemas: ante todo el problema de quién debe satisfacerlo o no violarlo, si todos o algunos, si el Estado u otros sujetos públicos o privados; en segundo lugar, en caso de su falta de satisfacción o violación, el problema de cómo debe ser reparada o sancionada ésta.

A partir de nuestra definición, las garantías secundarias pueden ser diferenciadas según que la violación que deben reparar consista en un acto (informal) ilícito o en un acto (formal) inválido. La garantía contra las violaciones del primer tipo es la dirigida a actuar la *responsabilidad*, que como se ha dicho es el efecto de un acto ilícito (T10.195) consistente en una situación actuada por la condena a una sanción (T10.193, T10.199). La garantía contra las violaciones del segundo tipo es la dirigida a actuar la *anulabilidad*, que es en cambio el efecto de un acto inválido (T9.228) consistente en una situación actuada por un pronunciamiento de anulación (T9.224, T9.226). En una palabra, ambas garantías están orientadas a la actuación de la *justiciabilidad* de las violaciones jurídicas, ya sean actos ilícitos o actos inválidos.

A diferencia de las garantías primarias o sustanciales, encaminadas a la inmediata tutela o satisfacción de los respectivos derechos mediante la obediencia a las correspondientes obligaciones o prohibiciones, las secundarias son siempre, en sentido lato, garantías reparadoras, dirigidas a eliminar o reducir el daño producido o a intimidar y castigar a los responsables. Naturalmente cualquier reparación *post factum* es siempre imperfecta, y éste es un límite insuprimible de todo sistema de garantías secundarias, unido al obvio principio *quod factum infectum fieri nequit*: es decir, lo que ha sido hecho no puede ser deshecho. En particular, mientras que la garantía de la anulabilidad es una garantía intrínsecamente reparadora, la de la responsabilidad puede ser —según el tipo de sanciones previstas— también reparadora, como la ejecución en forma específica, semi-reparadora, como el resarcimiento del daño, o no reparadora si no en un sentido simbólico, como la sanción penal. Sin embargo, también la responsabilidad no reparadora sirve siempre, dada su eficacia disuasoria, para reforzar el grado de efectividad de las garantías primarias o sustanciales.

A diferencia de las garantías primarias, las garantías secundarias no consisten, ni siquiera cuando intervienen en reparación de los derechos

violados, en la inmediata satisfacción o no violación de esos derechos, o sea, en la obediencia de los deberes correspondientes a los mismos, sino en la garantía de la anulabilidad de los actos inválidos y de la responsabilidad por los actos ilícitos que constituyen las desobediencias de sus garantías primarias (T10.238). En concreto, la anulabilidad comporta la garantía secundaria consistente en la obligación de declarar la nulidad de los actos inválidos (T10.239); la responsabilidad comporta la garantía secundaria consistente en la obligación de pronunciar la condena por los actos ilícitos (T10.240) y de imponer la correspondiente sanción. Se trata evidentemente de obligaciones imputadas a terceros ajenos a la relación jurídica de base y específicamente dedicados, como titulares de funciones judiciales, a su cumplimiento. En el modelo teórico del derecho penal, por ejemplo, mientras que las normas penales sustantivas constituyen las garantías primarias de los derechos subjetivos que tienen por objeto los bienes jurídicos tutelados (la vida, la integridad personal, la propiedad privada, los bienes públicos o colectivos), las normas penales procesales constituyen sus garantías secundarias. Y mientras que las primeras son garantías de las partes ofendidas contra los delitos, las segundas son además garantías de los imputados contra los castigos excesivos o arbitrarios.

- T10.238 $(y')(y')(GASy''y' \rightarrow (\exists x')(((VIOx'w' \cdot DNEw'x') \vee (VIO\perp x'w' \cdot DPOw'x')))) \rightarrow (GARy''y' \cdot (\exists x')((ANBy'x' \cdot INVx') \vee (RESy'x' \cdot ILLx')) \cdot (\exists w')((INOx'w' \vee INO\perp x'w') \cdot GAPw'w')))$ D10.40, T10.220
- T10.239 $(y')(x')(ANBy'x' \rightarrow (\exists y'')(GASy''y' \cdot M(\exists x'')(OBLy''x' \cdot ANNx''x') \cdot INVx'))$ T9.225, T8.21, D10.40, T2.60, D3.5
- T10.240 $(y')(x')(RESy'x' \rightarrow (\exists y'')(GASy''y' \cdot M(\exists x'')(OBLy''x' \cdot CONx''x') \cdot ILLx'))$ D10.35, D10.40, T2.60, D3.5

Sin embargo, aunque estén lógicamente implicadas por la anulabilidad y por la responsabilidad, también las garantías secundarias pueden faltar. Al igual que las primarias, que están lógicamente implicadas por los propios derechos (T10.211-T10.229), también ellas pueden, de hecho, no estar normativamente previstas. Es más, la falta de garantías secundarias no es debida solamente a la estructura nomodinámica del derecho positivo, y no es por tanto remediable, como puede suceder con las garantías primarias, mediante una simple actividad interpretativa. Puede que ni siquiera sea suficiente una actividad solamente normativa. Y ello porque tales garantías no sólo suponen, como las primarias, la previsión de obligaciones o prohibiciones atribuidas a sujetos determinados, sino también la material institución de tales sujetos, o sea, la creación de aparatos judiciales idóneos para aplicarlas adecuadamente.

Cuando de hecho las garantías secundarias no existen, estamos —de nuevo— ante una laguna: generada no ya, como en la existente por la ausencia de una garantía primaria, por la falta de producción de las normas que luego llamaré ‘primarias’, sino por el hecho de que, en contraste también en este caso con el principio *iuris tantum* de la plenitud, no

han sido producidas las normas que llamaré ‘secundarias’ o los correspondientes aparatos de los que depende la existencia de las garantías secundarias. Es sobre todo en el derecho público donde son numerosos los ilícitos sin sanción, previstos por normas llamadas «imperfectas». Piénsese en los deberes normalmente no sancionados de los órganos constitucionales, como por ejemplo la prohibición de la guerra, o también en la falta de actuación de los derechos sociales y de los correlativos «deberes inderogables de solidaridad política, económica y social» impuestos por el artículo 2 de la Constitución italiana⁴⁸. Además, si en los ordenamientos estatales las lagunas de garantías secundarias son una excepción, en el derecho internacional, como veremos en el capítulo XVI, son todavía la regla.

Todo esto obedece a que la actuación de las garantías secundarias requiere siempre la intermediación de un juicio: es decir, la constatación de sus presupuestos a través de un procedimiento normativamente regulado, activado por quien ostenta el poder para ello y destinado a concluir con un pronunciamiento de anulación o de condena. Por eso tales garantías pueden también ser llamadas *garantías jurisdiccionales o procesales*. En efecto, garantizan la justiciabilidad de los actos inválidos y de los actos ilícitos. Y se articulan en una compleja serie de subgarantías: el derecho de acción, que es, respecto a los derechos violados, un metaderecho al mismo tiempo activo (de actuar) y positivo (a obtener justicia); la obligación correlativa del juez de pronunciar una anulación o una condena (que se configura por tanto como una garantía primaria respecto al derecho de acción); la obligatoriedad de la acción penal, del consiguiente juicio y de la irrogación de la pena; y finalmente la obligación de acordar la ejecución forzosa cuando la sanción civil (por ejemplo, el resarcimiento del daño) no sea espontáneamente cumplida por el responsable. Y ello sin contar las garantías procesales predispuestas a favor del demandado y del acusado.

Analizaré más tarde en los capítulos XII y XIV —cuando dispongamos de las nociones de ‘instituciones de garantía’ y de ‘constatación jurisdiccional’— las garantías secundarias y sus complejas relaciones con las garantías primarias. Sin embargo, se comprende ya su papel central en el estado de derecho y la importancia de las técnicas normativas mediante las que son dispuestas. En el ordenamiento italiano, por ejemplo, en línea de principio están aseguradas, además de por los códigos de procedimiento, por una multiplicidad de normas constitucionales: por el artículo 24 que atribuye a todos el derecho de acción, o sea, de promover la tutela jurisdiccional de los derechos violados; por el artículo 112 que impone al Ministerio Fiscal el ejercicio de la acción penal; por los artículos 101-113, que regulan la función jurisdiccional ordinaria; por los artículos 134 y 136 a propósito del control jurisdiccional de constitucionalidad de las normas legales inválidas por contradicción con la Constitución. Sin embargo, en la moderna experiencia constitucional son innumerables las violaciones y sobre todo los incumplimientos de

derechos que son fundamentales pero están desprovistos, antes incluso que de sanción, de accionabilidad: como, una vez más, los derechos sociales, cuya falta de satisfacción no es muchas veces accionable ni está por lo tanto garantizada judicialmente. La propia anulación de los actos inválidos (por ejemplo, legislativos) por violación de los derechos fundamentales, además de dejar vivos los efectos interinamente producidos, no siempre es realizable mediante acciones de los interesados según el esquema privatista: en el derecho italiano, por ejemplo, aun cuando una de las partes en juicio se solicite, sólo puede ser promovida por iniciativa de un juez, y no directamente por la persona afectada⁴⁹.

10.18. *Normas primarias y garantías primarias, normas secundarias y garantías secundarias*

Paralelamente a la distinción entre garantías primarias y garantías secundarias podemos formular ahora otra importante distinción, relativa a las normas mediante las que esas dos clases de garantías vienen dispuestas o predisuestas: la existente entre '*normas primarias*' y '*normas secundarias*'⁵⁰. La distinción es muy simple. Las normas primarias son las normas deónticas cuya inobservancia es un acto inválido o un acto ilícito. Las normas secundarias son aquellas cuya aplicación consiste en la anulación o en la condena de los actos inválidos o ilícitos, comenzando por aquellos que son inobservancia de las normas primarias.

D10.41 '*Norma primaria*' es toda norma deóntica cuya inobservancia sea un acto inválido o un acto ilícito.

$(r)(x)(\text{NOPrx} \equiv (\text{NDEr} \cdot (\text{IOSxr} \rightarrow (\text{INVx} \vee \text{ILLx}))))$

D10.42 '*Norma secundaria*' es toda norma hipotético-deóntica cuya observancia consista en la anulación de un acto inválido o en la condena por un acto ilícito.

$(r)(x'')(\text{NOSrx}'' \equiv (\text{NDEr} \cdot \text{NIPr} \cdot (\text{OSSx}''r \rightarrow (\exists x')((\text{ANNx}''x' \cdot \text{INVx}') \vee (\text{CONx}''x' \cdot \text{ILLx}')))))$

Advierto de inmediato que tanto las normas primarias como las secundarias son normas deónticas (T10.241). En efecto, como sabemos (T8.35) sólo de las normas deónticas puede predicarse la inobservancia, que en el caso de las normas primarias consiste en un acto inválido o en un acto ilícito (T10.242), o la observancia, que en el caso de las normas secundarias consiste en la anulación o en la condena de esos mismos actos (T10.243). En cambio, la distinción no tiene sentido para las normas constitutivas, que como se dijo en el § 8.2 constituyen o preconstituyen no ya modalidades o expectativas deónticas sino efectos ónticos no modificables y por tanto inviolables⁵¹; de modo que los actos por ellas preconstituidos, como por ejemplo el matrimonio en el derecho italia-

no, pueden violar las normas hipotético-deónticas sobre su formación, pero desde luego no las hipotético-constitutivas sobre sus efectos. Hay además una segunda observación no menos importante: mientras que las normas primarias pueden ser tanto téticas como hipotéticas (T10.244), las normas secundarias son siempre hipotéticas (T10.245), dado que las obligaciones de anulación o de condena son pre-dispuestas por ellas para la hipótesis, precisamente, de la comisión de actos inválidos o de actos ilícitos.

T10.241 $(r)((\text{NOPr} \vee \text{NOSr}) \rightarrow \text{NDER})$ D10.41, D10.42

T10.242 $(r)(x)(\text{NOPrx} \rightarrow (\text{NDER} \cdot (\text{IOSxr} \rightarrow (\text{INVx} \vee \text{ILLx}))))$ D10.41

T10.243 $(r)(x'')(\text{NOSrx''} \rightarrow (\text{NDER} \cdot (\text{OSSx''r} \rightarrow (\exists x')((\text{ANNx''x'} \cdot \text{INVx'}) \vee (\text{CONx''x'} \cdot \text{ILLx'}))))))$ D10.42

T10.244 $(r)(\text{NOPr} \rightarrow (\text{NDER} \cdot (\text{NTEr} \vee \text{NIPr})))$ D10.41, T8.26, T8.21

T10.245 $(r)(x)(\text{NOSrx} \rightarrow (\text{NIPr} \cdot \text{NDER}))$ D10.42

Forman parte de la categoría de las normas primarias téticas las que establecen prohibiciones penales, las que reconocen derechos fundamentales y, en general, todas las normas adscriptivas de situaciones. En cambio, forman parte de la categoría de las normas primarias hipotéticas las del código civil que regulan por ejemplo las obligaciones producidas por los contratos y, en general, todas las normas formales sobre la producción. Finalmente, en la categoría de las normas secundarias, que como acaba de mostrarse son siempre hipotéticas, se integran tanto las normas sobre la aplicación de las sanciones predisuestas para la hipótesis de que se cometa un acto ilícito como las normas sobre la aplicación de una anulación para la hipótesis de que se realice un acto inválido. De manera elíptica se podría decir que las normas primarias regulan los actos, en el sentido de que disponen o predisponen su calificación deóntica, mientras que las secundarias regulan los efectos, en el sentido de que predisponen la anulación de los efectos ilegítimos o la irrogación de los efectos sancionadores por la inobservancia de las primeras. Son por lo tanto predominantemente primarias las normas de los códigos llamados «sustantivos», como el código civil y el código penal. En cambio, son predominantemente secundarias, además de todas las normas sancionadoras, las normas de los códigos denominados «instrumentales», como el código de procedimiento civil y el de procedimiento penal.

La principal consecuencia que se puede derivar de nuestras definiciones es que las normas secundarias son normas cuya observancia supone siempre la inobservancia de una norma primaria (T10.248). Más exactamente, son las normas cuya observancia —o como también habríamos podido decir, cuya aplicación— consiste en la anulación de un acto inválido o en la condena por un acto ilícito, es decir, en la intervención reparadora de cualquier inobservancia de una norma primaria (T10.249). En efecto, se puede demostrar que la suma de los actos inválidos y de los actos ilícitos, es decir, de los actos para los que viene predispueta

la observancia de una norma secundaria (T10.243), equivale a la inobservancia de alguna norma primaria (T10.246), de la cual es justamente un efecto su anulabilidad o la responsabilidad de sus autores (T10.247). 'Primaria' y 'secundaria' son por eso caracterizaciones relativas. Las propias normas secundarias, si son violadas mediante aplicaciones inválidas o ilícitas, se configuran respecto a éstas como normas primarias (T10.250), cuya inobservancia constituye a su vez el presupuesto de la aplicación de otras normas secundarias (T10.248).

T10.246 $(x)((ILLx \vee INVx) \equiv (\exists r)(IOSxr \cdot NOPrx))$ D10.41, T9.192

T10.247 $(y)(x)((ANByx \vee RESyx) \rightarrow (EFFyx \cdot (\exists r)(IOSxr \cdot NOPrx)))$

T9.228, T10.155, T10.246

T10.248 $(x'')(r'')((OSSx''r'' \cdot NOSr''x'') \rightarrow (\exists x')(\exists r')(IOSx'r' \cdot NOPr'x'))$

T10.243, T10.246

T10.249 $(r'')(x'')(NOSr''x'' \rightarrow (NDER'' \cdot (OSSx''r'' \rightarrow (\exists x')(((ANNx''x' \cdot$

$INVx') \vee (CONx''x' \cdot ILLx')) \cdot (\exists r')(IOSx'r' \cdot NOPr'x'))))$ T10.243, T10.246

T10.250 $(r)(x)((NOSr \cdot IOSxr \cdot (INVx \vee ILLx)) \rightarrow NOPr)$ D10.41, T10.241

A partir de aquí se revelan otras importantes diferencias entre las normas primarias y secundarias. Las normas primarias tienen genéricamente por objeto los actos que ellas mismas califican como prohibidos u obligatorios; las normas secundarias tienen siempre por objeto una disposición de anulación o de condena, o sea, un pronunciamiento judicial de constatación de la inobservancia, inválida o ilícita, de una norma primaria. Por tanto, las primeras tienen como destinatarios a los posibles autores de actos prohibidos u obligatorios; las segundas se dirigen a los jueces. Las unas están orientadas a realizar lo que los sociólogos de la desviación penal llaman «control social primario», o sea, el directo cumplimiento de los deberes establecidos por ellas, la consiguiente integración social y la inmediata tutela y satisfacción de los derechos garantizados. Las otras se orientan a realizar lo que en cambio suele llamarse «control social secundario», o sea, la reparación o sanción de los comportamientos que eluden o escapan al control primario⁵². La observancia de las primeras realiza la que en § 10.21 llamaré 'efectividad primaria', 'de primer grado' o 'sustancial'; la efectividad de las segundas, que supone la ineffectividad de las anteriores, realiza la que llamaré 'efectividad secundaria', 'de segundo grado' o 'procesal'. Finalmente, en relación con las primeras hablaremos de «responsabilidad primaria»; en relación con las segundas, de «responsabilidad secundaria». La responsabilidad jurídica en sentido propio, como ha sido definida por la D10.36, es evidentemente sólo la secundaria, en razón de la cual el sujeto de un ilícito responde de ello ante un juez. Pero también es evidente que, todavía antes, existen para ese mismo sujeto los deberes que ha violado, y que lo responsabilizan en vía primaria frente a los sujetos de los derechos en cuya garantía se han establecido esos deberes. Éste es el sentido en el que decimos que el deudor es responsable frente al (o sea, responde ante el) acreedor; que el autor de un daño es responsable frente al damnificado;

que los padres son responsables en relación con sus hijos; que un funcionario es responsable del cargo o del servicio del que está encargado; que los gobernantes son responsables ante los gobernados y las personas elegidas ante sus electores; que los poderes públicos lo son ante los ciudadanos en garantía de cuyos intereses y derechos son instituidos.

Llegamos así al análisis de las correlaciones, enunciadas al inicio de este párrafo, entre garantías primarias y normas primarias y entre garantías secundarias y normas secundarias. Las garantías primarias suponen siempre la existencia de las normas primarias por las que son réticamente dispuestas o hipotéticamente predispuestas (T10.251). Las garantías secundarias suponen la existencia de las normas secundarias que las predisponen para la hipótesis de que se cometan actos inválidos o ilícitos (T10.252). De donde se deriva que esa misma existencia se presupone también por las situaciones garantizadas: en primer lugar por los derechos, que suponiendo las garantías primarias (T10.211-T10.213) suponen también las respectivas normas primarias que disponen o predisponen las correlativas obligaciones de prestación o prohibiciones de lesión (T10.253-T10.255); y en segundo lugar por la anulabilidad y la responsabilidad, que, a su vez, al suponer las garantías secundarias (T10.239-T10.40) suponen también las respectivas normas secundarias que predisponen la obligación de la anulación o de la condena (T10.256-T10.257).

T10.251 $(y')(y')(GAPy'y' \rightarrow ((NOPy'' \cdot NTEy'') \vee (\exists r)(NOPr \cdot NIPr \cdot REGry'')))$ D10.39, D10.18, D10.19, T6.63, T6.80, T8.72, D3.5, D10.41, T4.69, D4.10, T8.1, T8.38, T8.42

T10.252 $(y')(y')(GASy'y' \rightarrow (\exists r)(NOSr \cdot NIPr \cdot REGry''))$ D10.40, D10.42, T9.227, T10.157, T8.42, T10.204, D10.2, T6.24

T10.253 $(y')(DIRy' \rightarrow (\exists y'')(GAPy'y' \cdot ((NOPy'' \cdot NTEy'') \vee (\exists r)(NOPr \cdot NIPr \cdot REGry''))))$ T10.211, T10.251

T10.254 $(y')(DPOy' \rightarrow (DIRy' \cdot (\exists y'')(GAPy'y' \cdot M(\exists x)(OBLy''x \cdot PRTxy' \cdot ASPy'x) \cdot ((NOPy'' \cdot NTEy'') \vee (\exists r)(NOPr \cdot NIPr \cdot REGry'')))))$ T10.212, T10.251

T10.255 $(y')(DNEy' \rightarrow (DIRy' \cdot (\exists y'')(GAPy'y' \cdot M(\exists x)(DIVy''x \cdot LESx \cdot ASPy'\perp x) \cdot ((NOPy'' \cdot NTEy'') \vee (\exists r)(NOPr \cdot NIPr \cdot REGry'')))))$ T10.213, T10.251

T10.256 $(y')(x')(ANBy'x' \rightarrow (SIPy' \cdot (\exists y'')(GASy'y' \cdot M(\exists x'')(OBLy''x \cdot ANNx''x') \cdot (\exists r)(NOSr \cdot NIPr \cdot NDEr \cdot REGry''))))$ T10.239, T9.224, T10.252

T10.257 $(y')(x')(RESy'x' \rightarrow (SIPy' \cdot (\exists y'')(GASy'y' \cdot M(\exists x'')(OBLy''x \cdot CONx''x') \cdot (\exists r)(NOSr \cdot NIPr \cdot NDEr \cdot REGry''))))$ T10.240, T10.193, T10.252

Es así como se explica en el plano teórico la posible ausencia, de hecho, de las garantías: no sólo de las secundarias, sino también de las primarias, que están lógicamente implicadas —en el plano teórico— por los derechos garantizados por ellas. En efecto, la existencia de las garantías siempre depende de la existencia de las normas, primarias o se-

cundarias, que las prevén. Pero la existencia de las normas es siempre el efecto de un acto normativo, es decir, de un suceso empírico que puede también no acontecer. Ciertamente las garantías primarias expresadas por normas primarias téticas son imperativos cuya existencia puede ser deducida simplemente a partir de la existencia de los derechos garantizados. Por ejemplo, la enunciación normativa del derecho a la vida o del derecho de propiedad implica sin duda la garantía de la prohibición de matar y de robar. Pero esta garantía, repito, es sólo de principio. El homicidio y el robo son delitos en la medida en que, en virtud del principio de legalidad penal, existan explícitas normas penales primarias que expresamente los prevean como delitos. Y las garantías primarias ofrecidas por tales normas sustantivas están destinadas a un cierto grado de efectividad en la medida en que existan asimismo normas procesales secundarias que predispongan la irrogación de una pena para la hipótesis de su inobservancia. Piénsese en el ordenamiento internacional: podemos (y debemos) decir que las violaciones más graves de los derechos humanos establecidos por las distintas declaraciones y convenciones son crímenes. Pero todos esos derechos permanecen privados de auténticas garantías operativas mientras que —y frente a los Estados para los cuales— no entre en función la jurisdicción penal internacional para los crímenes contra la humanidad que representa su esencial garantía secundaria.

10.19. *Antinomias y lagunas*

Hemos llegado así al análisis de dos conceptos centrales en la teoría del estado constitucional de derecho: el de ‘laguna’ y el de ‘antinomia’⁵³.

Como se viene diciendo desde los §§ 1.3 y 2.7, en un sistema no-modinámico la posible existencia de antinomias y de lagunas resulta de hecho inevitable. Es algo unido a la propia normatividad del derecho, que no desaparece cuando su objeto es el derecho mismo. Está unido, en concreto, a la relación de «deber ser» o mejor de «poder ser» en lugar de «ser» que, como se ha dicho a partir de las tesis T2.2, T2.49-T2.53 y T2.58, media entre las figuras deónticas y sus actuaciones, de modo que, dadas las primeras es siempre posible que existan pero también que no existan las segundas: dada una obligación o una prohibición, por ejemplo, siempre es posible que se produzca tanto su obediencia como su desobediencia; dada una norma deóntica, siempre es posible que tenga lugar tanto su observancia como su inobservancia. Resulta por lo tanto posible que no sean observadas la prohibición o la obligación de producir, correlativamente a derechos negativos o positivos constitucionalmente establecidos, las normas jurídicas que violan los primeros o que satisfacen los segundos: que por ejemplo, aunque la constitución prevea determinados derechos de libertad como la libertad personal o la libertad de manifestación del pensamiento, se produzcan normas que los lesionen, excluyan o limiten su ejercicio; o bien, al contrario, que

aunque la constitución prevea determinados derechos sociales, como el derecho a la salud o a la educación, no se produzca de hecho ninguna norma que disponga la obligación de satisfacerlos y no se instituyan los instrumentos idóneos para su satisfacción así como para la constatación y la reparación de sus violaciones. En suma, es posible que existan, en contraste con nuestras tesis T2.126-T2.138, indebidas antinomias entre normas o indebidas lagunas de normas.

En ambos casos tenemos una aporía, que en el plano teórico genera un rompecabezas ya señalado desde el § 3 de la Introducción: lagunas y antinomias existen de hecho, aun cuando se hallen en aparente contraste con las tesis de la teoría. Un determinado derecho, por ejemplo el derecho de libre manifestación del pensamiento establecido por una constitución rígida, implica la prohibición de introducir la censura o de cualquier modo de prohibir como delitos determinadas manifestaciones del pensamiento (T10.173, T10.176); y sin embargo, censura y delitos de opinión bien pueden existir, y de hecho son introducidos a menudo por leyes que incumplen el deber correspondiente al derecho constitucionalmente establecido. Análogamente otro derecho, por ejemplo a la asistencia sanitaria, también establecido en hipótesis por una constitución, implica la obligación de las correspondientes prestaciones (T10.172, T10.174); y sin embargo, esta obligación, junto con la identificación de los órganos llamados a obedecerla y sus formas de ejecución, puede no existir, y de hecho no existe cuando no han sido emanadas las normas respectivas.

La solución de estas aporías requiere una redefinición adecuada tanto de las antinomias como de las lagunas. Habitualmente se entiende por antinomia cualquier «incompatibilidad entre normas» que no permite la observancia o la aplicación de ambas⁵⁴. Por laguna se entiende en cambio la ausencia de «una regla a la que el juez pueda acudir para resolver una determinada controversia»⁵⁵. Se trata, en otras palabras, de imperfecciones que generan para el intérprete un problema de aplicación.

Las redefiniciones que propongo responden a una específica finalidad explicativa: la necesidad de identificar y de aislar las antinomias y las lagunas que generan no cualquier problema de aplicación sino sólo problemas irresolubles sin una modificación del ordenamiento. Restringen por tanto el campo de denotación de los dos términos: para que se pueda hablar de ‘antinomia’ o de ‘laguna’, el problema de aplicación generado debe resultar imposible de resolver para el intérprete en el marco del derecho vigente. Debe tratarse, dicho con precisión, de la presencia o de la ausencia indebidas de una norma que, si no son remediadas por una específica intervención normativa, no permiten la aplicación de las normas respecto a las que la antinomia o la laguna son predicables. Antinomias y lagunas se caracterizan en suma porque integran la inobservancia —por incoherencia o por incumplimiento— de la prohibición o de la obligación impuesta por una norma sobre la producción, haciéndola inaplicable y reclamando, para su solución, una alteración del derecho vigente.

Así pues, defino ‘*antinomía*’ y ‘*laguna*’ como vicios consistentes la primera en la producción y la segunda en la no producción de normas, en violación de normas sobre la producción cuya aplicación impiden si no son eliminadas.

D10.43 ‘*Antinomia*’ es el vicio sustancial producido por la indebida adopción de una norma en contraste con una norma sustantiva sobre la producción, cuya aplicación supone la anulación de la norma en contraste.

$$(w)(x)(ANT_{wx} \equiv (VIS_{wx} \cdot EFF_{wx} \cdot (\exists y)(\exists r)(DEC_{xy} \cdot IVS_x \cdot NOR_y \cdot \neg COE_{yr} \cdot NSO_{rx}) \cdot ((\exists x')(\exists r)APS_{x'r} \rightarrow (\exists x'')ANN_{x''x})))$$

D10.44 ‘*Laguna*’ es el vicio producido por la indebida omisión de la adopción de una norma requerida por una norma sobre la producción, cuya aplicación supone la introducción de la norma ausente.

$$(w)(x)(LAC_{wx} \equiv (VIZ_{w\perp x} \cdot EFF_{w\perp x} \cdot (\exists r)(\exists y)(IOS_{\perp xr} \cdot DEC_{\perp xy} \cdot NOR_y \cdot NPR_{rx} \cdot OBL_{rx}) \cdot ((\exists x')(\exists r)APL_{x'r} \rightarrow DEC_{xy})))$$

El rasgo característico de las antinomias reside por tanto en la producción inválida de normas ilegítimas por estar en contraste con las normas sustantivas sobre su producción (T10.258): por ejemplo, en la producción de una norma que introduzca una prohibición en contraste con un derecho de libertad, frente al que representa por tanto una violación; o bien en la introducción de una norma que discrimina o privilegia a alguna persona con un cierto tratamiento, en contraste y violación del principio de igualdad. El rasgo característico de las lagunas reside en cambio en la falta de producción, en violación de una norma sobre la producción, sea formal o sustantiva, de una segunda norma, de cuya introducción depende la aplicación de la primera (T10.259): por ejemplo, en la falta de una norma de competencia que identifique la no precisada «autoridad competente» para la aprobación requerida por una norma formal como condición de la validez o incluso de la vigencia de un cierto acto administrativo; o en la falta de una norma que introduzca las obligaciones correspondientes a un derecho social, a fin de garantizar su satisfacción y con ella la aplicación de la norma sustantiva que lo expresa. En suma, lo que se afirma con la antinomia es la producción de una decisión prohibida (T10.260). Lo que se lamenta con la laguna es la omisión de una decisión obligatoria (T10.261).

T10.258 $(w)(x)(ANT_{wx} \rightarrow (\exists y)(\exists r)(EFF_{wx} \cdot DEC_{xy} \cdot IVS_x \cdot NOR_y \cdot ILS_y \cdot \neg COE_{yr} \cdot NSO_{rx}))$ D10.43, T9.67, D9.31

T10.259 $(w)(x)(LAC_{wx} \rightarrow ((\exists r)(\exists y)(EFF_{wx} \cdot DEC_{\perp xy} \cdot NOR_y \cdot OBL_{rx} \cdot NPR_{rx}) \cdot ((\exists x')(\exists r)APL_{x'r} \rightarrow DEC_{xy})))$ D10.44

T10.260 $(w)(x)(ANT_{wx} \rightarrow (\exists y)(DEC_{xy} \cdot VIEx))$ T10.258, T9.174, T9.185

T10.261 $(w)(x)(LAC_{wx} \rightarrow (\exists y)(DEC_{\perp xy} \cdot OBB_x))$ D10.44, D2.4

Tenemos así dos elementos que comparten antinomias y lagunas. El primero consiste en el hecho de que tanto unas como otras son *vicios* (T10.262), que en el caso de las antinomias son siempre vicios sustanciales (T10.263). En ambos casos representan el efecto de la inobservancia de una norma: de la realización de un acto normativo respecto a ésta inválido o prohibido, en el caso de las antinomias (T10.264); de la omisión de un acto normativo respecto a la misma obligatorio, en el caso de las lagunas (T10.265). Por ello antinomias y lagunas en el sentido aquí definido no son inmediatamente solventables por el intérprete, a quien no compete la alteración del derecho vigente aplicable aun cuando sea ilegítimo. En efecto, para ser eliminadas requieren la intervención de específicos actos decisionales: concretamente, la anulación de las decisiones inválidas o la introducción de las decisiones que faltan, que constituyen la aplicación de las normas sobre la producción respecto a las que se predica la antinomia o la laguna (T10.266 y T10.267).

- T10.262 $(w)(x)((ANTwx \vee LACwx) \rightarrow ((VIZwx \cdot (\exists y)(\exists r)(DECxy \cdot NSOrx) \cdot ((\exists x')(\exists r)APsx'r \rightarrow (\exists x'')ANNx''x)) \vee (VIZw\perp x \cdot (\exists r)(\exists y)(DEC\perp xy \cdot NPRrx) \cdot ((\exists x')(\exists r)APLx'r \rightarrow DECxy))))$
D10.43, D10.44, D9.25
- T10.263 $(w)(x)(ANTwx \rightarrow VISwx)$ D10.43
- T10.264 $(w)(x)(ANTwx \rightarrow (EFFwx \cdot VIEx \cdot IVSx \cdot (\exists r)(IOSxr \cdot NSOrx)))$
D10.43, T9.189, T4.68
- T10.265 $(w)(x)(LACwx \rightarrow (EFFw\perp x \cdot OBBx \cdot (\exists r)(IOS\perp xr \cdot NPRrx)))$
D10.44, T4.68, T1.9
- T10.266 $(w)(x)(y)(ANTwx \rightarrow ((\exists x')(\exists r)(APsx'r \cdot NSOrx' \cdot \neg COEyr \cdot DECxy \cdot NORy \cdot EFFwx) \rightarrow (\exists x'')(ANNx''x \cdot DECxy \cdot NORy \cdot IVSx)))$
D10.43, T10.264
- T10.267 $(w)(x)(y)(LACwx \rightarrow ((\exists x')(\exists r)(APLx'r \cdot NPRr'x \cdot IOS\perp xr \cdot DEC\perp xy \cdot NORy \cdot EFFw\perp x) \rightarrow (DECxy \cdot NORy)))$ D10.44

El segundo elemento que comparten antinomias y lagunas es el hecho de que se refieren las unas a la indebida presencia y las otras a la indebida ausencia de *normas* en contraste con normas sobre su producción (T10.268-T10.269). No todo vicio, en efecto, da lugar a una antinomia o a una laguna. Obviamente no produce antinomias cualquier acto inválido, productor de efectos ilegítimos. Y no es una laguna cualquier incumplimiento de actos preceptivos. La razón es simple: los vicios formales y los vicios sustanciales que no implican normas sino situaciones singulares dan lugar a prescripciones que, a causa de su singularidad, no entran a formar parte del ordenamiento, que consiste en un conjunto de normas (D8.12, T8.96), y no están destinadas por tanto a ninguna aplicación.

En suma, tanto las lagunas como las antinomias, al consistir en inobservancias de normas sobre su producción (T10.269), son vicios conectados a los desniveles normativos, es decir, a la violación —las unas por acción, las otras por omisión— de normas de grado supraordenado

(T10.270, T10.271). Por eso —porque consisten en normas en contraste con éstas o en la ausencia de normas requeridas por ellas— interponen entre normas supraordenadas y normas subordinadas una suerte de barrera: su remoción no sólo implica, como para todos los demás vicios, una específica decisión, sino que excluyen, mientras no se remuevan, la aplicación de las normas supraordenadas. Concretamente, ya se ha dicho, tal aplicación supone, en el caso de las antinomias, la anulación de la norma en contraste (T10.266) y, en el caso de las lagunas, la introducción de la norma ausente (T10.267).

- T10.268 $(w)(x)((ANT_{wx} \vee LAC_{wx}) \rightarrow (\exists y)((DEC_{xy} \vee DEC_{x\perp y}) \cdot NOR_y))$
D10.43, D10.44
- T10.269 $(w)(x)((ANT_{wx} \vee LAC_{wx}) \rightarrow (\exists r)((IOS_{xr} \vee IOS_{\perp xr}) \cdot NPR_{rx}))$
T10.264, T10.265, T9.86
- T10.270 $(y2)(x)(ANT_{y2x} \rightarrow (\exists y1)(EFF_{y2x} \cdot IOS_{xy1} \cdot NSO_{y1x} \cdot GSO_{y1y2}))$
T10.264, D9.12, T5.46, D5.5
- T10.271 $(y2)(x)(LAC_{y2x} \rightarrow (\exists y1)(EFF_{y2\perp x} \cdot IOS_{\perp xy1} \cdot NPR_{y1x} \cdot GSO_{y1y2}))$
D10.44, D5.5, T5.46, T2.44, T2.17

Estos dos elementos sirven para diferenciar radicalmente las nociones de antinomia y de laguna aquí propuestas frente a las usuales. Según la noción corriente, las antinomias y las lagunas no son siempre predicables en referencia a niveles o grados normativos distintos, ni consisten necesariamente en vicios no eliminables por el intérprete en sede de aplicación. En efecto, además de las antinomias aquí definidas entre normas de grado diferente, resueltas con la anulación de la norma inferior, generalmente también vienen consideradas como «antinomias» las que aparecen entre normas del mismo nivel, solventables mediante el criterio cronológico de la prevalencia de la ley posterior sobre la anterior, y mediante el de especialidad de la prevalencia de la ley especial sobre la general. Y por lo común es llamada «laguna» cualquier ausencia de normas, aun cuando sea susceptible de solución por el intérprete mediante el recurso a la analogía o a los principios generales del derecho.

Naturalmente bien podemos llamar *antinomias* y *lagunas en sentido débil* también a estas imperfecciones, añadiéndolas a las aquí definidas, que podremos llamar en cambio *antinomias* y *lagunas en sentido fuerte* o *en sentido estricto* o *estructural*. A tal fin sería necesario formular definiciones bastante complejas de ‘antinomia’ y de ‘laguna’, comprensivas de ambas clases, y más tarde formalizar las dos distinciones dentro de su esfera con un procedimiento tan laborioso como escasamente fecundo. Lo importante es que quede clara la profunda diferencia estructural, generalmente ignorada, de las antinomias y de las lagunas en sentido fuerte y en sentido débil: una diferencia que he querido subrayar reservando los términos ‘antinomias’ y ‘lagunas’ sólo para las primeras, incomparablemente más relevantes que las segundas a los fines del análisis de los ordenamientos articulados en varios niveles normativos.

Las denominadas antinomias entre normas del mismo nivel —las que se resuelven por el intérprete mediante la aplicación del criterio cronológico (*lex posterior derogat priori*) o del criterio de especialidad (*lex specialis derogat generali*)— no representan en modo alguno vicios. La norma anterior sobre la cual prevalece la norma posterior no es en efecto una norma ilegítima producida por un acto inválido, como no lo es tampoco la norma general sobre la que prevalece la norma especial. Lo mismo debe decirse de las lagunas que pueden ser resueltas con el recurso a la analogía o a los principios generales. En ellas no aparece ningún vicio, ninguna indebida omisión, ninguna inobservancia de normas superiores. En todos estos casos no estamos ante una inobservancia, por acción u omisión, de una norma sobre la producción que resulte inaplicable si la inobservancia no se remedia mediante una específica decisión. Al contrario, los criterios de solución de estas antinomias y lagunas débiles, generalmente expresados como *principia iuris et in iure* por específicas metanormas positivas⁵⁶, son inmediatamente resolutivos y aplicables por el propio intérprete. Concretamente, el criterio cronológico es un corolario del carácter nomodinámico del derecho positivo, sin el que la norma sucesiva sería inútil y no resultaría posible la producción autoritativa y dinámica del derecho. El criterio de especialidad es un criterio de individualización de la norma aplicable vinculado a la semántica del lenguaje normativo: la norma especial es simplemente otra norma, en absoluto incompatible con la general (no más de cuanto lo sea «ser humano» con respecto a «mamífero»), que en efecto no viene eliminada y sobre la que prevalece, porque el supuesto de hecho por ella previsto tiene un significado más restringido. Y, en fin, los principios que admiten el recurso a la analogía o a los principios generales no son sino normas sobre la interpretación del significado de los actos preceptivos.

Muy diferentes son las antinomias y las lagunas aquí definidas. Éstas son vicios consistentes en la inobservancia, las unas por acción y las otras por omisión, de normas sobre la producción, de grado por tanto supraordenado al nivel normativo al que se refieren (T10.270, T10.271). Su remoción, además, sólo puede tener lugar a través de una específica decisión (T10.266 T10.267), que corresponde a un específico órgano jurisdiccional en el caso de las antinomias y al legislador en el caso de las lagunas. Ciertamente podemos también encontrar antinomias —por así decir, de tipo *débil-fuerte*— solucionables por el intérprete pero entre normas de distinto nivel: un *tertium genus*, intermedio respecto a las antinomias en sentido fuerte y las antinomias en sentido débil porque en ellas, al igual que en las primeras, existe un vicio que sin embargo, como en las segundas, es directamente superable mediante la aplicación de la norma superior y la desaplicación de la inferior, dejada en vigor aun cuando sea reconocida inválida. En muchos ordenamientos americanos, por ejemplo, las leyes consideradas inconstitucionales no son anulables, sino simplemente desaplicadas en cada caso por el intérprete en el momento de su aplicación jurisdiccional. Análogamente, en el or-

denamiento italiano los reglamentos, y más en general las disposiciones administrativas, no son anulables sino desaplicables por los jueces que están «sometidos solamente a la ley»⁵⁷. En estos casos la denominada antinomia viene resuelta con la aplicación de la norma superior; mientras que la norma inferior, aunque resulte incompatible, no viene formalmente expulsada sino que permanece en vigor aun cuando generalmente resulte destinada a la ineficacia merced a la fuerza de los precedentes.

A la inversa, las antinomias y las lagunas en el sentido fuerte de las definiciones aquí estipuladas, además de ser predicables sólo en referencia a normas de grado supraordenado, no pueden ser remediadas directamente por el intérprete sino sólo por una específica decisión de otro sujeto, en ausencia de la cual, además, las normas supraordenadas no son inmediatamente aplicables. Es lo que sucede, por lo que se refiere a las antinomias, en los ordenamientos dotados de constitución rígida y de jurisdicción constitucional concentrada en un específico Tribunal constitucional: en este caso, si aparece una antinomia entre una norma legal inválida y una norma constitucional —por ejemplo, entre una ley que discrimina en el acceso a los empleos públicos en razón del sexo y el principio de igualdad— es la norma legal, y no la constitucional, la que viene aplicada hasta que no sea anulada definitivamente por un pronunciamiento jurisdiccional de inconstitucionalidad. Pero es también lo que sucede en todos los casos de lagunas consiguientes a la inobservancia por omisión de una norma constitucional —por ejemplo, la no introducción de una norma que prohíba o castigue la lesión de un derecho de rango constitucional, como la libertad personal o el derecho a la salud e incluso el derecho a la vida: también en este caso es la norma constitucional la que resulta inaplicada hasta que la laguna no venga colmada con la introducción de las normas de garantía indebidamente ausentes.

Se trata en suma de un fenómeno completamente distinto al de las antinomias y lagunas en último término *aparentes*, que son resueltas directamente por el intérprete con la aplicación de los criterios de la prevalencia de la ley posterior, de la especial o de la analogía. A diferencia de éstas, las antinomias y las lagunas *reales* generadas por los desniveles normativos⁵⁸ son vicios frente a los que las normas con respecto a las que son predicables, y de las que representan una violación, imponen la remoción como condición de su aplicación. Es una diferencia de estructura que proviene y se refleja en la distinta naturaleza de los así llamados «criterios de solución» de las antinomias. Los criterios cronológico, de especialidad y analógico de solución de las antinomias y lagunas del primer tipo son *metanormas constitutivas*, en cuanto tales inviolables, que operan constitutivamente la superación de las llamadas antinomias y lagunas. Por esto —porque no pueden ser violadas por el legislador— no generan ningún problema real de aplicación: como mucho generan un problema de interpretación (si la ley sucesiva regula exactamente el mismo hecho, o si la ley que aplicar resulta verdaderamente especial, o si existe realmente una analogía) no diferente de cualquier otro problema de interpretación.

Al contrario, los criterios jerárquicos para la solución de las antinomias y lagunas estructurales, o en sentido fuerte o estricto, son *meta-normas deónticas* o *regulativas*, respecto a las cuales tales antinomias y lagunas, al igual que su falta de solución, se configuran como otras tantas violaciones (no por parte del intérprete sino) por parte del legislador.

10.20. *Lagunas formales y lagunas sustanciales. Lagunas primarias y lagunas secundarias. Garantías fuertes y garantías débiles*

Es evidente la importancia decisiva que reviste el análisis de las antinomias y de las lagunas para la teoría de la democracia constitucional. Son en efecto estos dos vicios los que virtualmente definen el paradigma del constitucionalismo rígido, caracterizado por la separación deóntica entre «deber ser» y «ser» del derecho que se manifiesta sobre todo en las antinomias y lagunas presentes en el derecho respecto a su modelo constitucional. Volveré sobre ello más veces, y en particular en los §§ 12.13, 13.15 y 14.13. Baste decir aquí que los vicios más graves y problemáticos son no tanto las antinomias —que en presencia de una jurisdicción constitucional pueden ser remediadas— cuanto las lagunas, especialmente cuando se trata de lagunas de garantías, de las que no es fácil asegurar jurídicamente su remoción.

Propongo dos distinciones de las lagunas. Distinguiré en primer lugar entre *lagunas formales* y *lagunas sustanciales*, según que la indebida laguna se refiera a una norma formal o a una norma sustantiva sobre la producción. En segundo término distinguiré entre *lagunas primarias* y *lagunas secundarias*, según que consistan en la no introducción respectivamente de normas primarias o de normas secundarias en garantía de una norma sustantiva.

D10.45 '*Laguna formal*' es la laguna generada por la falta de producción de una norma exigida por una norma formal sobre la producción.

$$(w)(x)(LAF_{wx} \equiv (LAC_{wx} \cdot EFF_{w \perp x} \cdot (\exists r)(\exists y)(IOS_{\perp xr} \cdot DEC_{\perp xy} \cdot NOR_y \cdot NFOR_x)))$$

D10.46 '*Laguna sustancial*' es la laguna generada por la falta de producción de una norma exigida por una norma sustantiva sobre la producción.

$$(w)(x)(LAS_{wx} \equiv (LAC_{wx} \cdot EFF_{w \perp x} \cdot (\exists r)(\exists y)(IOS_{\perp xr} \cdot DEC_{\perp xy} \cdot NOR_y \cdot NSOR_x)))$$

D10.47 '*Laguna primaria*' es la laguna consistente en la ausencia, en violación de una norma tética sustantiva, de la correlativa norma primaria.

$$(w)(x)(LPR_{wx} \equiv (\exists r')(LAC_{wx} \cdot EFF_{w \perp x} \cdot IOS_{\perp xr'} \cdot NTER' \cdot NSOR'x \cdot \neg(\exists r)(DEC_{\perp xr} \cdot ((NOPr'' \cdot NTER'') \vee (\exists y)(NOP_y \cdot NIP_y \cdot REG_yr''))))))$$

D10.48 '*Laguna secundaria*' es una laguna consistente en la ausencia, en violación de una norma tética sustantiva, de la correlativa norma secundaria.

$(w)(x)(LSE_{wx} \equiv (\exists r')(LAC_{wx} \cdot EFF_{w\perp x} \cdot IOS_{\perp xr'} \cdot NTER' \cdot NSOR'x \cdot \neg(\exists y)(\exists r'')(NOSy \cdot NIPy \cdot REGyr'' \cdot DEC_{\perp xr'})))$

La primera de estas distinciones es una distinción exhaustiva (pero no excluyente): todas las lagunas son formales y/o sustanciales (T10.272). La distinción entre lagunas primarias y lagunas secundarias se halla en cambio en el ámbito de las lagunas sustanciales (T10.273): las lagunas primarias son tales *sólo* respecto a normas sustantivas; las lagunas secundarias lo son *también* respecto a normas sustantivas, además de respecto a normas formales.

T10.272 $(w)(x)(LAC_{wx} \equiv (LAF_{wx} \vee LAS_{wx}))$

D10.45, D10.46, D10.44, T9.86

T10.273 $(w)(x)((LPR_{wx} \vee LSE_{wx}) \rightarrow LAS_{wx})$

D10.47, D10.48, D10.46, D10.44

En efecto, se puede demostrar que las lagunas primarias consisten en la ausencia de las garantías primarias y las lagunas secundarias en la ausencia de las garantías secundarias impuestas, unas y otras, por normas sustantivas sobre la producción (T10.274-T10.275) como son, según veremos más adelante, las normas generalmente constitucionales que establecen derechos fundamentales (T11.17-T11.20, D12.22). Consisten, concretamente, en la falta de producción de las normas primarias y secundarias mediante las que las dos clases de garantías, como sabemos (T10.251, T10.252), son respectivamente establecidas (T10.276, T10.277).

T10.274 $(w)(x)(LPR_{wx} \rightarrow (\exists r')(LAC_{wx} \cdot IOS_{\perp xr'} \cdot NSOR'x \cdot \neg(\exists r'')(DEC_{\perp xr''} \cdot GAPr''r')))$

D10.47, T10.251

T10.275 $(w)(x)(LSE_{wx} \rightarrow (\exists r')(LAC_{wx} \cdot IOS_{\perp xr'} \cdot NSOR'x \cdot \neg(\exists r'')(DEC_{\perp xr''} \cdot GASr''r')))$

D10.48, T10.252

T10.276 $(w)(x)(LPR_{wx} \rightarrow (\exists r')(LAC_{wx} \cdot IOS_{\perp xr'} \cdot NSOR'x \cdot \neg(\exists r'')(DEC_{\perp xr''} \cdot NOPr'' \cdot GAPr''r')))$

T10.274

T10.277 $(w)(x)(LSE_{wx} \rightarrow (\exists r')(LAC_{wx} \cdot IOS_{\perp xr'} \cdot NSOR'x \cdot \neg(\exists r'')(DEC_{\perp xr''} \cdot NOSr'' \cdot GASr''r')))$

T10.275

Es por tanto una laguna primaria sustancial, por ejemplo, la no introducción de las normas primarias que establecen las garantías primarias, es decir, las prohibiciones y obligaciones impuestas e implicadas por las normas constitucionales que enuncian derechos fundamentales. Es en cambio una laguna secundaria tanto sustancial como formal, por ejemplo, la ausencia, por la no introducción de las respectivas normas secundarias de competencia, de la jurisdicción constitucional prevista e impuesta por normas constitucionales (piénsese en el ordenamiento

italiano tras la promulgación de la Constitución de 1948 y antes de la instauración de la Corte Constitucional, producida en 1956) para eliminar las leyes constitucionalmente inválidas. En todos los casos —sean formales o sustanciales, primarias o secundarias— las lagunas excluyen la aplicación de las normas sobre la producción con respecto a las que se predicen (T10.44, T10.267).

Hemos resuelto así la aporía señalada al comienzo acerca de la posible existencia de normas que en el plano teórico no deberían existir, así como de la posible inexistencia de normas que en el plano teórico deberían existir. Entre los dos pares de tesis no existe contradicción justamente porque tanto las antinomias como las lagunas están conectadas a los desniveles normativos. Son predicables en referencia a normas de distinto grado (T10.270-T10.271) y por tanto a niveles de lenguaje diferentes. En efecto, la enunciación de una antinomia o de una laguna, es decir, de las violaciones de normas sustantivas sobre la producción, se coloca a un nivel metalingüístico con respecto al nivel de lenguaje sobre el que se sitúan las tesis sobre la existencia de las normas de las que se predica la antinomia o sobre la inexistencia de las normas de las que se predica la laguna. Se coloca, concretamente, al nivel del discurso de las normas sobre la producción, de grado superior al del discurso de las normas producidas. Y refleja, en el análisis de los concretos ordenamientos de derecho positivo, la tesis teórica equivalente al principio *iuris tantum* según el cual *ius servandum est*: la tesis, en suma, de la virtual divergencia —debido a *anti-nomia* o a *a-nomia*, en el sentido literal de indebida presencia o de indebida ausencia de producción normativa— entre los principios del derecho positivo, por ejemplo de rango constitucional, interpretados como vínculos en el criterio de la teoría, y la efectiva articulación garantista de los ordenamientos.

Se explica así cómo el principio de la plenitud, es decir, la existencia de las garantías implicadas por la existencia de derechos, al igual que el principio de la coherencia, es decir, de la no contradicción entre normas de distinto nivel, si pueden ser afirmados lógicamente al nivel de la teoría, no pueden serlo al nivel del objeto de la teoría, o sea, del derecho positivo. Son *principia iuris tantum*, como se ha dicho varias veces, externos y no internos al derecho, normativos y no sólo explicativos; y pueden por consiguiente —como de hecho sucede— ser violados por la indebida comisión u omisión de los actos que violan o que por el contrario garantizan las normas sustantivas establecidas. Pero en todo esto no hay nada de extraño. En un sistema nomodinámico, conviene insistir, las normas, sean primarias o secundarias, y las garantías por ellas expresadas no son deducibles de otras situaciones o normas con ellas relacionadas, sino que son producidas, en razón del segundo postulado del positivismo jurídico P11, por actos normativos. El precio que el positivismo jurídico paga a la certeza del derecho no es sólo, como he dicho más veces, la posible incoherencia del derecho, sino también su posible falta de plenitud. Pero se trata de un precio necesario, dado que sobre el

mismo se funda el entero edificio del garantismo y del estado de derecho. En suma, los ordenamientos son como los hacen los hombres, independientemente de sus teorías y de las propias expectativas establecidas en la normas de derecho positivo. Función de la ciencia jurídica, a la luz de la teoría, es individualizar los defectos —o sea, las antinomias y las lagunas— así como las técnicas idóneas para superarlos.

Por otro lado, todo esto no contradice en absoluto la implicación entre derechos y garantías formulada por la tesis T10.211. Existe una obligación, en todo caso, incluso en caso de lagunas de garantías, sean primarias o secundarias, y es la obligación del legislador introducirlas⁵⁹. Es esta obligación la que constituye la garantía del derecho téticamente establecido mientras no aparezcan las respectivas garantías. Podemos llamar a esta obligación *garantía débil* (como ya hicimos en el § 9.14 a propósito de la ausencia de la garantía secundaria de la anulabilidad), en oposición a las *garantías fuertes* que la misma impone introducir, y llamar, correlativamente, *derechos débiles* a los derechos correspondientes, en oposición a los *derechos fuertes* acompañados de las respectivas garantías primarias y secundarias. Volveré más tarde sobre esta cuestión, de fundamental importancia en toda teoría del garantismo y de la democracia constitucional. Aquí baste haber identificado, como *principium iuris tantum*, el deber de una *legislación de actuación* que las normas constitucionales imponen al legislador ordinario y que no es otra cosa que su misma normatividad; un deber, añadido, cuya existencia sirve para sostener —en el plano empírico-descriptivo y no simplemente en el plano normativo— la implicación entre derechos y garantías expresada por la D3.5, por la definición de derecho subjetivo (D10.20) y por las tesis T10.120-T10.126.

10.21. *Efectividad primaria o de primer grado de las normas primarias. Efectividad secundaria o de segundo grado de las normas secundarias. La ineffectividad estructural*

En este punto podemos conectar la efectividad de las situaciones, comentada con carácter general en los §§ 6.11 y 8.9, a las distintas normas y garantías mediante las que es asegurada: las garantías y las normas primarias y las garantías y las normas secundarias.

Antes de comentar estas conexiones conviene retomar el análisis estructural de los conceptos de ‘efectividad’ y de ‘inefectividad’ en relación con los diversos tipos de derechos y deberes de los que son predicables. Como sabemos, dada una situación, sus condiciones de efectividad (y de ineffectividad) deben diferenciarse, en primer lugar, según que dependan de su actuación o de su no actuación y, en segundo lugar, según que ésta sea imputable a su titular o a sujetos que se hallan en relación jurídica con él. Bajo el primer aspecto diremos que son efectivos los derechos-facultad y los derechos-potestad si son ejercidos e inefec-

tivos si no lo son (T10.278), y que son efectivos los deberes positivos cuando se obedezcan (T10.279) e inefectivos los negativos cuando se desobedezcan (T10.280). Bajo el segundo aspecto, más interesante, diremos en cambio que —a diferencia de las situaciones activas mencionadas, cuya efectividad o ineffectividad depende solamente de sus titulares— son efectivos los derechos positivos satisfechos (T10.281) mientras que son inefectivos los derechos negativos violados (T10.282), dependiendo la efectividad de los primeros de la obediencia por parte de los demás de las obligaciones correspondientes (T10.283) y la ineffectividad de los segundos de la desobediencia por los demás de las correspondientes prohibiciones (T10.285), y viceversa (T10.284, T10.286). En síntesis, dado un cierto acto, el mismo realiza la efectividad de los poderes de los que es actuación, de los derechos-facultad y derechos-potestad de los que es ejercicio, de las obligaciones respecto a las que supone obediencia y de los derechos positivos ajenos de los que constituye la satisfacción; mientras que indica la ineffectividad de las prohibiciones respecto a las que es desobediencia, así como de los derechos negativos ajenos de los que es violación (T10.287).

T10.278	$(y)((DIFy \vee DIPy) \rightarrow ((ETT_y \equiv (\exists x)ATZ_{xy}) \cdot (INE_y \equiv \neg(\exists x)ATZ_{xy})))$	D2.13, D10.24, D10.25, T10.48
T10.279	$(y)(DOPy \rightarrow ((\exists x)OTT_{xy} \rightarrow ETT_y))$	T2.115, D10.28
T10.280	$(y)(DON_y \rightarrow ((\exists x)INO_{xy} \rightarrow INE_y))$	T2.117, D10.29
T10.281	$(y)(DPO_y \rightarrow ((\exists x)SOD_{xy} \rightarrow ETT_y))$	T2.116, D10.21
T10.282	$(y)(DNE_y \rightarrow ((\exists x)VIO_{xy} \rightarrow INE_y))$	T2.118, D10.22
T10.283	$(y')(DPO_{y'} \rightarrow ((\exists x)(\exists y'')(OTT_{xy''} \cdot OBL_{y''}x) \rightarrow ETT_y))$	T2.122, D10.21
T10.284	$(y')(DOP_{y'} \rightarrow ((\exists x)(\exists y'')(SOD_{xy''} \cdot ASP_{y''}x) \rightarrow ETT_y))$	T2.124, D10.28
T10.285	$(y')(DNE_{y'} \rightarrow ((\exists x)(\exists y'')(INO_{xy''} \cdot DIV_{y''}x) \rightarrow INE_y))$	T2.123, D10.22
T10.286	$(y')(DON_{y'} \rightarrow ((\exists x)(\exists y'')(VIO_{xy''} \cdot ASP_{y''}\perp x) \rightarrow INE_y))$	T2.125, D10.29
T10.287	$(x)(ATT_x \rightarrow (y)((ESEX_y \cdot (DIFy \vee DIPy)) \vee (OTT_{xy} \cdot DOPy) \vee (SOD_{xy} \cdot DPO_y)) \rightarrow ETT_y) \cdot ((INO_{xy} \cdot DON_y) \vee (VIO_{xy} \cdot DNE_y)) \rightarrow INE_y))$	T10.278, D2.8, T10.279, T10.280, T10.281, T10.282

A partir de estas tesis y de las formuladas en los dos párrafos que preceden podemos, pues, identificar el nexo que media entre ineffectividad y garantías y que confiere al concepto de ‘garantía’ y a los respectivos *principia iuris* una relevancia central en la teoría del estado de derecho. La efectividad de los derechos no es otra cosa que la efectividad de sus garantías primarias, que representan por así decir su otra cara. Diremos por tanto que los derechos son efectivos o inefectivos no sólo según que sean o no sean ejercidos, sino también, y sobre todo, según que se obedezcan o no se obedezcan las obligaciones (si se trata de derechos positivos) y las prohibiciones (si se trata de derechos negativos) que

representan las correspondientes garantías primarias. Además, en el caso de su violación hablaremos igualmente de efectividad o de ineffectividad, pero en un sentido por completo diferente: según que se obedezcan o no las garantías secundarias predisuestas como sostén de la anulabilidad o de la responsabilidad producidas por los actos inválidos o ilícitos en que consisten sus violaciones.

Correlativamente a nuestros dos tipos de garantías —las primarias y las secundarias— distinguiré, pues, dos tipos o niveles de efectividad y de ineffectividad: una efectividad y una ineffectividad de los derechos *primarias* o *de primer grado*, que consisten en la efectividad y en la ineffectividad de sus garantías primarias, y una efectividad e ineffectividad *secundarias* o *de segundo grado*, que consisten en cambio en la efectividad e ineffectividad de las garantías secundarias. Podemos también llamar *sustanciales* a la efectividad e ineffectividad del primer tipo, que realizan o no realizan la directa tutela y satisfacción de los derechos garantizados; y *procesales* o *subsidiarias* a la efectividad e ineffectividad del segundo tipo, que realizan o no realizan una tutela y una satisfacción de naturaleza al menos reparadora o sancionadora.

D10.49 La ‘efectividad de primer grado’ es la efectividad de las garantías primarias.

$$(y')(EFPy' \equiv (\exists y'')(ETT_y'' \cdot GAPy''y'))$$

D10.50 La ‘ineffectividad de primer grado’ es la ineffectividad de las garantías primarias.

$$(y')(IFPy' \equiv (\exists y'')(INEy'' \cdot GAPy''y'))$$

D10.51 La ‘efectividad de segundo grado’ es la efectividad de las garantías secundarias.

$$(y')(EFSy' \equiv (\exists y'')(ETT_y'' \cdot GASy''y'))$$

D10.52 La ‘ineffectividad de segundo grado’ es la ineffectividad de las garantías secundarias.

$$(y')(IFSy' \equiv (\exists y'')(INEy'' \cdot GASy''y'))$$

De aquí se deriva una serie de tesis centrales para una teoría del garantismo. La efectividad (y la ineffectividad) del derecho y de los derechos, comenzando por los que en el próximo capítulo llamaré ‘derechos fundamentales’, es ante todo la efectividad (y la ineffectividad) primaria, de primer grado o sustancial, que equivale a la efectividad (y a la ineffectividad) de las garantías primarias (T1.288-T10.289). Se trata de la efectividad (y de la ineffectividad) que se realiza con la espontánea observancia (o inobservancia), y por tanto con la efectividad (o la ineffectividad),

de las obligaciones y prohibiciones dispuestas o predispuestas por las normas primarias como garantías a su vez primarias (T10.290-T10.291) de los correlativos derechos. Los bienes y los derechos penalmente protegidos, por ejemplo, son efectivos si no son violadas las normas penales primarias o de derecho sustantivo que prohíben téticamente las lesiones, es decir, si no resultan cometidos los delitos por ellas previstos. Las obligaciones civiles lo son si se satisfacen al propio tiempo los correspondientes derechos y por tanto resultan observadas las normas primarias mediante las que aquéllas y éstos son hipotéticamente predispuestos. La constitución, por su parte, es efectiva si no viene violada por leyes inválidas: los derechos de libertad en ella establecidos, por ejemplo, son efectivos en vía primaria y sustancial si ante todo no son violados por leyes ordinarias o por otras disposiciones en contraste con ellos; los derechos sociales, en cambio, lo son en primer lugar si vienen satisfechos por la observancia de adecuadas leyes de actuación que introduzcan en vía primaria las obligaciones públicas correspondientes.

T10.288 $(y')((EFPy' \cdot DIRy') \equiv (\exists y'')(ETTy'' \cdot GAPy''y'))$ D10.49, D10.39

T10.289 $(y')((IFPy' \cdot DIRy') \equiv (\exists y'')(INEy'' \cdot GAPy''y'))$ D10.50, D10.39

T10.290 $(y')((EFPy' \cdot (DPOy' \vee DNEy')) \rightarrow (\exists y'')(ETTy'' \cdot DOVy'' \cdot$

$M(\exists x)((OBLy''x \cdot PRTxy') \vee (DIVy''x \cdot LESxy')) \cdot GAPy''y' \cdot ((NOPy'' \cdot$
 $NTEy'') \vee (\exists r)(NOPr \cdot NIPr \cdot REGry'')))$ D10.49, T10.251, T10.205

T10.291 $(y')((IFPy' \cdot (DPOy' \vee DNEy')) \rightarrow (\exists y'')(INEy'' \cdot DOVy'' \cdot$

$M(\exists x)((OBLy''x \cdot PRTxy') \vee (DIVy''x \cdot LESxy')) \cdot GAPy''y' \cdot ((NOPy'' \cdot$
 $NTEy'') \vee (\exists r)(NOPr \cdot NIPr \cdot REGry'')))$ D10.50, T10.251, T10.205

La efectividad (y la ineffectividad) de segundo grado tiene en cambio un carácter subsidiario. No sólo los derechos, sino todas las situaciones y las normas jurídicas son efectivas (o ineffectivas) en vía secundaria si y sólo si son efectivas sus garantías secundarias (T10.292-T10.293). Su efectividad (o ineffectividad) secundaria depende, concretamente, de la efectiva actuación (o no actuación) de las garantías secundarias de la anulabilidad y de la responsabilidad por los actos inválidos o ilícitos (T10.294, T10.295) que violan las garantías primarias y los derechos conectados, y por tanto de la efectividad (o ineffectividad) de las respectivas normas secundarias o de derecho procesal (T10.296, T10.297). Se trata de una efectividad no espontánea ni inmediata, que por ello he llamado también 'procesal' al consistir en la aplicación jurisdiccional de remedios más o menos reparadores —la anulación de los (efectos de los) actos inválidos y la sanción de los actos ilícitos— a la inobservancia de las normas primarias (T10.298). Depende pues, en la práctica, del buen funcionamiento de los órganos de justicia. Hablaremos por ello de una efectividad secundaria de la constitución si sus violaciones por parte del legislador y de los demás poderes públicos resultan constatadas y eliminadas por la jurisdicción constitucional o por la ordinaria; de una efectividad secundaria de las normas del código civil si funciona la justicia civil; de una efectividad secundaria de las normas penales si no

es demasiado elevada la cifra negra de los delitos no constatados o de cualquier modo no perseguidos ni sancionados.

T10.292	$(y)((SITy' \vee NORy') \rightarrow (EFSy' \equiv (\exists y'')(ETTy'' \cdot GASy''y')))$	D10.51
T10.293	$(y)((SITy' \vee NORy') \rightarrow (IFSy' \equiv (\exists y'')(INEy'' \cdot GASy''y')))$	D10.52
T10.294	$(y')(EFSy' \rightarrow (\exists y'')(ETTy'' \cdot (\exists x'')ATZx''y'' \cdot GASy''y' \cdot (\exists x'')(ANBy'x' \cdot INVx') \vee (RESy'x' \cdot ILLx'))))$	D10.51, D10.40, D2.13
T10.295	$(y')(IFSy' \rightarrow (\exists y'')(INEy'' \cdot \neg(\exists x'')ATZx''y'' \cdot GASy''y' \cdot (\exists x'')(ANBy'x' \cdot INVx') \vee (RESy'x' \cdot ILLx'))))$	D10.52, D10.40, D2.14
T10.296	$(y')(EFSy' \rightarrow (\exists y'')(\exists r)(ETTy'' \cdot GASy''y' \cdot NOSr \cdot NIPr \cdot REGry''))$	D10.51, T10.252
T10.297	$(y')(IFSy' \rightarrow (\exists y'')(\exists r)(INEy'' \cdot GASy''y' \cdot NOSr \cdot NIPr \cdot REGry''))$	D10.52, T10.252
T10.298	$(y'')(y')(GASy''y' \rightarrow (\exists x')(\exists r)(OBLy'' \cdot GARy''y' \cdot ((ANBy'x' \cdot INVx') \vee (RESy'x' \cdot ILLx')) \cdot EFFy'x' \cdot IOSx'r \cdot NOPrx'))$	D10.40, T10.247

Hay en fin un último tipo de ineffectividad que es necesario identificar y que es ciertamente el más grave: se trata de la que llamaré '*ineffectividad estructural*' o *del sistema* y que depende de las lagunas de garantías, sean primarias o secundarias, determinadas por la inobservancia de las normas sobre la producción. En particular, llamaré '*ineffectividad estructural primaria*' a la ineffectividad estructural consistente en una laguna de normas primarias e '*ineffectividad estructural secundaria*' a la consistente en una laguna de normas secundarias.

D10.53 '*Ineffectividad estructural*' es la ineffectividad de una norma sobre la producción cuya inobservancia tiene como efecto una laguna de garantías primarias o secundarias.

$$(y')(ITTy' \equiv (\exists w)(\exists x)(INEy' \cdot NPRy' \cdot IOS\perp xy' \cdot EFFw\perp x \cdot LACwx \cdot \neg(\exists y'')(DEC\perp xy'' \cdot (GAPy''y' \vee GASy''y'))))$$

D10.54 '*Ineffectividad estructural primaria*' es la ineffectividad de una norma tética sustantiva cuya inobservancia tiene como efecto una laguna de normas primarias.

$$(y')(ITPy' \equiv (\exists w)(\exists x)(ITTy' \cdot NTEy' \cdot NSOy'x \cdot IOS\perp xy' \cdot EFFw\perp x \cdot LACwx \cdot \neg(\exists y'')(DEC\perp xy'' \cdot ((NOPy'' \cdot NTEy'') \vee (\exists r)(NOPr \cdot NIPr \cdot REGry''))))$$

D10.55 '*Ineffectividad estructural secundaria*' es la ineffectividad de una norma tética sustantiva cuya inobservancia tiene como efecto una laguna de normas secundarias.

$$(y')(ITSy' \equiv (\exists w)(\exists x)(ITTy' \cdot NTEy' \cdot NSOy'x \cdot IOS\perp xy' \cdot EFFw\perp x \cdot LACwx \cdot \neg(\exists y'')(DEC\perp xy'' \cdot (\exists r)(NOSr \cdot NIPr \cdot REGry''))))$$

Estas dos formas de ineffectividad representan los vicios más graves, porque son estructurales, que pueden frustrar el entero edificio de la de-

mocracia constitucional. De aquí se deriva en efecto —en confirmación del nexo que une normas, garantías, ineffectividad estructural y lagunas— que la ineffectividad estructural primaria está determinada por la ausencia de garantías primarias (T10.299) y por tanto por la presencia de lagunas igualmente primarias (T10.301); y que, paralelamente, la ineffectividad estructural secundaria está determinada por la ausencia de garantías secundarias (T10.300) y por tanto por la presencia de lagunas a su vez secundarias (T10.302).

T10.299 (y')(ITPy' → (∃x)(ITTy' · NTEy' · NSOy'x · IOSLxy' · ¬(∃y'')(DECLxy'' · GAPy''y')))	T10.49, T10.251
T10.300 (y')(ITSy' → (ITTy' · NTEy' · NSOy'x · IOSLxy' · ¬(∃y'')(DECLxy'' · GASy''y')))	T10.50, T10.252
T10.301 (y')(ITPy' → (∃w)(∃x)(ITTy' · NTEy' · NSOy'x · EFFwLx · LPRwx · IOSLxy'))	D10.54, D10.47
T10.302 (y')(ITSy' → (∃w)(∃x)(ITTy' · NTEy' · NSOy'x · EFFwLx · LSEwx · IOSLxy'))	D10.55, D10.47

Evidentemente se trata de una ineffectividad que afecta a las normas réticas como son típicamente, según se verá en el próximo capítulo, los derechos fundamentales y las normas que instituyen las respectivas funciones de garantía. No depende, como la simple ineffectividad primaria y secundaria, de inobservancias contingentes y ocasionales de garantías primarias o secundarias (T10.291, T10.293, T10.295) de las que sin embargo está dotado el ordenamiento jurídico. Depende, bastante más radicalmente, de la ausencia de las propias garantías. En este aspecto es típica la ineffectividad de algunos derechos sociales y, sobre todo, la de los derechos humanos en el ordenamiento internacional, caracterizado, como se verá en el capítulo XVI, por un vacío casi total de una esfera pública: un vacío, como veremos, no sólo de garantías sino incluso más radicalmente de las funciones y de las instituciones de garantía, tanto primarias como secundarias, al nivel de las agresiones a los derechos proclamados. El único remedio a este vacío es obviamente la actuación de la que he llamado «garantía débil», consistente en la obligación de introducir las «garantías fuertes».

10.22. Razones primarias y razones secundarias para la acción

¿Cuál es la relación entre efectividad e ineffectividad primaria y efectividad e ineffectividad secundaria? Me parece que entre los dos pares de figuras se pueden identificar dos tipos de relaciones, una de oposición y otra de interacción.

Existe una primera relación que es de *oposición*. Como se ha mostrado, la efectividad secundaria, es decir, de las normas y de las garantías secundarias, supone la inobservancia de las normas primarias (T10.298), y por tanto la ineffectividad primaria de las garantías primarias, que es

resultado de los actos inválidos o ilícitos de los que las garantías secundarias aseguran justamente la anulabilidad y la responsabilidad (T10.291, T10.294). La aplicación y por tanto la efectividad de las normas secundarias, es decir, de las garantías secundarias de la sanción o de la anulación, tienen en efecto como presupuesto la violación, y por ello la ineffectividad, de las normas y garantías primarias. De ahí que no tenga sentido hablar genéricamente de efectividad y de ineffectividad de un ordenamiento y ni siquiera de un único fenómeno normativo. En efecto, el máximo de efectividad primaria tendría lugar donde siempre fuesen observadas, en un mundo deónticamente perfecto, todas las normas primarias: lo que comportaría la máxima ineffectividad de las normas y de las garantías secundarias por ausencia de sus presupuestos de aplicación. Inversamente, la máxima efectividad secundaria tendría lugar en presencia de una sistemática aplicación de las sanciones o de las anulaciones de los actos, ilícitos o inválidos, que sistemáticamente violaran las normas y garantías primarias: lo que indicaría, a su vez, la máxima ineffectividad de las normas y garantías primarias por ser sistemáticamente violadas. Por lo demás, es evidente que un sistema de normas resulta totalmente ineffectivo si se halla privado total y prolongadamente tanto de una efectividad primaria como de una efectividad secundaria: en cuyo caso —pero sólo en este caso— se podrá hablar de *desuetudo*. Pero es igualmente evidente que la efectividad y la ineffectividad de las normas, en cuanto reglas generales y abstractas, deben considerarse proporcionalmente al número de actos que representan su observancia o violación, o bien su aplicación o no aplicación. En efecto, se trata, como se dijo en los §§ 4.8 y 8.9 (T4.76-T4.78 y T8.91-T8.95), de una *cuestión de grado*. Así es como deberá constatar y hablarse, a partir de investigaciones sociológicas, no ya de efectividad o de ineffectividad de una norma, sino de su grado más o menos elevado de efectividad (o de correlativa ineffectividad) primaria o secundaria, según el número de actos que, en un cierto tiempo y espacio, representan en el primer caso su observancia o inobservancia y en el segundo su aplicación o no aplicación. Si además aparece una ineffectividad estructural, debida a la existencia de lagunas de garantías, podrá hablarse de un grado más o menos elevado de efectividad (o correlativamente de ineffectividad) primaria, pero desde luego no de efectividad o de ineffectividad secundaria. Es el caso, como se verá en el capítulo XVI, de gran parte del derecho internacional, y en particular de las cartas internacionales de derechos humanos.

Existe también, entre las dos dimensiones de la efectividad y de la ineffectividad, una segunda relación por así decir de *interacción*. Aunque la efectividad de las normas y de las garantías secundarias presuponga la ineffectividad de las primarias, normas y garantías primarias y secundarias sirven para reforzarse recíprocamente. En efecto, la efectividad primaria de las normas reposa seguramente, antes de nada, en la espontánea aceptación de las normas jurídicas por parte de los consociados, es decir, en el sentido cívico que se forma en torno a su carácter vinculante.

Pero se basa también en el temor a las sanciones, es decir, en la efectividad secundaria, que es asimismo un factor relevante en la formación del sentido cívico sobre el que se funda la efectividad primaria; mientras que una excesiva ineffectividad secundaria favorece la ineffectividad primaria, no sólo por devaluarse el temor a la sanción sino también por la legitimación social de la ilegalidad que proviene de la misma. El caso límite es el ya recordado de la ineffectividad estructural del derecho internacional, cuyas normas más importantes —el principio de la paz y los derechos humanos— están privadas de serias garantías secundarias y por tanto también de efectividad primaria. Pero la doble relación de oposición y de interacción es también evidente en el terreno del derecho interno: en materia fiscal, en materia penal, en el derecho del trabajo y en general en todos aquellos casos en los que el derecho se configura como un límite a la ley del más fuerte.

Un ejemplo puede ayudar a clarificar estas complejas relaciones entre los dos tipos de efectividad. En Italia, antes de las actuaciones contra la corrupción promovidas a principios de los años noventa del pasado siglo, las respectivas normas penales se caracterizaban por un alto grado de ineffectividad, tanto primaria como secundaria. Los procesos que siguieron, aunque revelaron la enorme ineffectividad primaria de las normas primarias en materia de corrupción, al menos mostraron también un nuevo e insólito grado de efectividad secundaria, es decir, de efectividad de las normas sancionadoras. De otro lado, justamente este nuevo y elevado grado de efectividad secundaria generó inicialmente, en torno a los casos de ineffectividad primaria, un sentimiento general de indignación y reprobación que, si hubiese estado acompañado por una más profunda y rigurosa regulación de las normas primarias y secundarias, habría provocado un crecimiento de su efectividad primaria y sustancial. En cambio, a causa de tantas reformas sucesivamente introducidas —en materia de delito contable y corrupción, de rogatorias, de constataciones probatorias y de prescripción— se ha producido un debilitamiento de las normas (y de las garantías) tanto primarias (o sustanciales) como secundarias (o procesales) que ha provocado a su vez una disminución del sentido cívico del ilícito y por lo tanto una sustancial regresión, o peor aún, un agravamiento de la preexistente ineffectividad tanto primaria como secundaria.

Es, pues, la formación del sentido cívico asociado a las normas lo que sostiene, en grado mayor o menor, la efectividad de todo el ordenamiento y del conjunto de las relaciones jurídicas que forman su trama. Este sentido cívico, como se ha dicho desde los §§ 4.7 y 8.7-8.8 y como se aclarará después en el § 13.12, no es otra cosa que el consenso social en torno a los significados prescriptivos en que consisten normas y prescripciones jurídicas, derechos, deberes y poderes. Desde esta perspectiva, el sentido del derecho no es distinto del sentido de cualquier otro sistema de reglas. Reposa sobre convenciones jurídicas mediante las que los derechos y los demás significados jurídicos vienen estipulados y que no son distintas, en cuanto a condiciones de efectividad, de

las convenciones no jurídicas en que se basan las reglas sociales, morales o de costumbres: la obligación, por ejemplo, de respetar la fila ante una taquilla, que de hecho es observada porque generalmente es considerada vinculante, independientemente de la expectativa de sanción. Ciertamente las garantías secundarias desempeñan un papel disuasorio, además de reparador, frente a las violaciones de las garantías primarias, contribuyendo a la efectividad primaria de los derechos garantizados por éstas. Por otra parte, es indudable que el mantenimiento del estado de derecho, y en particular la sujeción a la ley de los poderes públicos, dependen cuando menos de la efectividad secundaria, o sea, de la anulabilidad y de la no impunidad de sus comportamientos ilegales. Pero es claro que un sistema jurídico positivo no podría funcionar si no se sostuviese sobre la dimensión pragmática aquí comentada de sus significados y concretamente de sus garantías primarias. En suma, funciona sólo si la efectividad primaria es la regla y la secundaria la excepción.

Descomponiendo la noción de «razón para la acción» comentada en los §§ 4.7 y 5.7, podemos pues distinguir —correlativamente a las dicotomías normas primarias/normas secundarias, garantías primarias/garantías secundarias, efectividad primaria/efectividad secundaria— entre *razones para la acción primarias* o de *primer grado* y *razones para la acción secundarias* o de *segundo grado*. Llamaré «razones primarias» a las razones para la acción representadas por las normas y por las garantías primarias, que se manifiestan en la adhesión espontánea a las mismas y por tanto en su efectividad también primaria o de primer grado. Llamaré en cambio «razones secundarias» a las razones representadas por las normas y por las garantías secundarias, es decir, por la amenaza y por el temor a la sanción para los actos ilícitos o a la anulación para los actos inválidos, idóneas para garantizar una efectividad de segundo grado. Un sistema de normas jurídicas estará tanto más enraizado socialmente (y en este sentido será más democrático), además de que será más eficiente, cuanto su funcionamiento y efectividad estén en mayor medida confiados a razones primarias, evidentemente capaces de reflejar razones compartidas de tipo extrajurídico, o sea, moral o en todo caso racional. Es típica la norma sobre el homicidio, que es efectiva predominantemente por razones morales, es decir, por el valor de la vida compartido por la gran mayoría de las personas, mucho antes que por la amenaza de la sanción. A falta de razones primarias, debida al hecho de que las normas y las garantías primarias no son compartidas, funcionan como mucho sólo las razones secundarias: son típicas las normas que en un régimen no liberal penalizan el disenso y que, diría que por definición, no son nunca razones primarias para la acción (o mejor para la omisión) y vienen observadas solamente por razones secundarias.

En suma, las razones primarias están aseguradas, esencialmente, por el hecho de que las normas son, como se dijo en el § 4.7, significados socialmente compartidos y reflejan por consiguiente un cierto grado de espontáneo consenso y por eso de *auto-nomía* de los sujetos destina-

rios. Consisten, *grosso modo*, en la aceptación de las normas jurídicas como criterios de conducta sobre la base de lo que Herbert L. A. Hart ha llamado el punto de vista interno al ordenamiento: en suma, en esa *opinio iuris ac necessitatis* asociada generalmente a las costumbres, pero que acompaña en realidad, al menos en las sociedades dotadas de un mínimo de estabilidad, a toda la fenomenología del derecho. En este sentido, que el derecho comparte con cualquier otro sistema de reglas sociales, la efectividad del derecho y las razones jurídicas para la acción derivan del hecho de que el derecho es un universo simbólico socialmente compartido: refleja y al propio tiempo genera sentido común y valores comunes. Ésta es la dimensión principal de la normatividad y conjuntamente de la efectividad, relevante sobre todo en lo que atañe a los máximos principios. Los derechos fundamentales y sus garantías, el principio de igualdad, el valor de la paz y las reglas de la democracia son seriamente normativos, además de efectivos, en tanto en cuanto sean socialmente compartidos, o sea, estén sustentados en eso que llamamos «sentido cívico».

A la inversa, las razones secundarias son del todo independientes del valor asociado por los destinatarios a lo que prescribe la norma primaria, o sea, del sentido (más o menos) común en torno a su justicia o razonabilidad. Se fundan, enteramente, sobre la *hetero-nomía* del derecho. No se configuran como criterios axiológicos sino simplemente como normas técnicas. En efecto, su significado es el puramente utilitarista e instrumental comentado en el § 5.7: consisten en el fin de evitar los efectos desventajosos —la anulación de los actos inválidos y la sanción de los actos ilícitos— predispuestos por las normas secundarias para todo acto de transgresión del derecho. Se identifican simplemente con la que entonces llamé su ‘eficacia’: cualquier efecto jurídico, se dijo entonces, representa una razón jurídica para actuar, que ahora llamamos ‘primaria’, cuando sea un efecto querido, o una razón jurídica para no actuar, que llamamos ‘secundaria’, en el caso de que sea un efecto no querido.

En ambos casos las razones jurídicas del actuar, sean primarias o secundarias, no son sino los factores sociales de la efectividad, respectivamente primaria y secundaria, así como de las respectivas garantías, cuya centralidad teórica permiten por tanto confirmar. Ambas razones —la una *autónoma*, la otra *heterónoma*— son por otra parte necesarias, y ninguna de ellas es por sí sola suficiente para asegurar un grado satisfactorio de efectividad a un sistema jurídico. Finalmente, de modo no distinto de las normas y de las garantías primarias y secundarias, también ellas se refuerzan recíprocamente en una relación de interacción. Volvamos al ejemplo de las investigaciones sobre la corrupción. La extensión de la corrupción es ciertamente un efecto del sentido de impunidad proveniente de la ineffectividad de las garantías secundarias y por ello de la falta de razones secundarias para actuar lícitamente. Pero es claro que esta falta de razones secundarias sirve para debilitar el sentido mismo de la ilicitud de las conductas delictivas y, por tanto, las razones jurídicas

primarias para la acción representadas por las garantías y las normas primarias. Inversamente, las actuaciones judiciales, además de ser un signo de efectividad secundaria, sirven para restablecer el sentido del ilícito asociado a las violaciones de las normas primarias, para rehabilitar la legalidad como valor compartido y por tanto para reforzar las razones primarias y, con ellas, la efectividad primaria tanto de las normas como de las garantías primarias de los bienes y de los derechos tutelados.

Mucho más grave, como se ha dicho, es la ineffectividad estructural o del sistema debida a las lagunas de garantías que caracteriza sobre todo al ordenamiento internacional. Como se verá en la parte cuarta, esta ineffectividad se resuelve no solamente en las violaciones de los derechos —en las guerras, en los crímenes contra la humanidad, en las muertes por hambre o enfermedades no tratadas de millones de personas cada año—, sino también en su descrédito, como promesas no cumplidas, derechos débiles o peor, al final, no-derechos: en suma, en el derrumbe no sólo de las razones secundarias sino también de las razones primarias de su observancia en el sentido común y en la práctica política.

Todas estas distinciones y conexiones —entre normas, garantías, razones para la acción y efectividad (e ineffectividad) primaria y secundaria y entre lagunas de garantías e ineffectividad estructural o del sistema— son muy importantes no sólo para la teoría del derecho sino también para la sociología jurídica y para la política del derecho. Como se verá en la parte cuarta, ofrecen instrumentos de análisis indispensables para el estudio sociológico del funcionamiento de las instituciones jurídicas y para el análisis de las razones, de las formas y de los niveles de la crisis del derecho. En particular, se revelan esenciales para comprender la crisis moderna de la democracia constitucional, que afecta sobre todo a los planos altos y a los poderes supremos de los ordenamientos como crisis de la efectividad primaria, secundaria y a veces estructural de sus principios normativos —del principio de legalidad a la separación de poderes, del principio de la paz a los distintos tipos de derechos fundamentales— así como de las razones, a su vez primarias y secundarias, del actuar jurídico. Y sirven por lo tanto para orientar el papel crítico y prospectivo de la ciencia jurídica y política, permitiendo identificar los factores sociales además de jurídicos tanto de la efectividad como de la ineffectividad y las técnicas de garantía más apropiadas para reforzar los primeros y debilitar o superar los segundos.

NOTAS

1. La definición de ‘carga’ aquí propuesta no pretende dar cuenta de los múltiples y heterogéneos significados con los que el término es usado en la doctrina: como elemento accidental del contrato (o *modus*), como carga de la prueba, como carga real, como obligación a cargo, por ejemplo, del legatario, además del sentido propuesto en nuestra definición como obligación de actos instrumentales para el perfeccionamiento de un acto preceptivo. Sobre las cargas y sobre

las normas que las disponen recuérdense las clásicas contribuciones de A. Ravà, «Il diritto come norma técnica» [1911], luego en *Diritto e stato nella morale idealistica*, Cedam, Padova, 1950, pp. 3-120; G. Brunetti, *Norme e regole finali nel diritto*, Utet, Torino, 1913; G. A. Michelli, *L'onere della prova* [1941], reed. Cedam, Padova, 1966; F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, ³1951, § 61, pp. 144 y § 69-72, pp. 168-175; G. Gavazzi, «L'onere» [1970], ahora en *Studi di teoria del diritto*, Giapichelli, Torino, 1993, Parte III; O. T. Scozzafava, «Onere (nozione)», en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, vol. XXX, pp. 99-113.

2. Aristóteles, *Politica*, III, 15-16, 1286a-1287a: «Lo primero que debemos considerar en esta investigación es si conviene más ser gobernado por el mejor hombre o por las mejores leyes [...] Luego es preferible que la ley gobierne antes que uno cualquiera de los ciudadanos [...] El que defiende el gobierno de las leyes defiende el gobierno exclusivo de la divinidad y de la razón y el que defiende el gobierno de un hombre añade un elemento animal, pues no otra cosa es el apetito, y la pasión pervierte a los gobernantes y a los mejores de los hombres. Ley es, por consiguiente, razón sin apetito» (trad. cast. de J. Marías y M. Araújo, *Política*, ed. bilingüe, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 100-104). La opción por el «gobierno de las leyes» frente al «de los hombres» como criterio de distinción frente a la tiranía constituye obviamente un postulado de la cultura jurídica ilustrada: «la tiranía», escribe Locke, «es un poder que viola lo que es de derecho» (J. Locke, *Second Treatise of Government* [1690], trad. cast., prólogo y notas de C. Mellizo, *Segundo Tratado sobre el Gobierno civil*, Alianza, Madrid, 1990, cap. XVIII, § 199, p. 196); «la diferencia entre un rey y un tirano radica exclusivamente en esto: en que uno hace que las leyes limiten su poder y que el bien del pueblo sea la finalidad de su gobierno, y el otro hace que todo tenga que someterse a su propia voluntad y apetito» (*ibid.*, § 200, pp. 197-198); «allí donde termina la ley, empieza la tiranía» (*ibid.*, § 202, p. 198). «En los gobiernos despóticos», escribe a su vez Gaetano Filangieri, «mandan los hombres; en los gobiernos moderados lo hacen las leyes» (*Reflessioni politiche sull'ultima legge del sovrano che riguarda la riforma dell'amministrazione della giustizia* [1794], en *La scienza della legislazione e gli opuscoli scelti*, Tipografia della Società Belgica, Bruxelles, 1841, vol. II, p. 378). A propósito de esta clásica oposición cf. N. Bobbio, «Governo degli uomini o governo delle leggi?» [1983], en *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, Einaudi, Torino, 1984, pp. 148-170 (trad. cast. de J. Moreno, *El futuro de la democracia*, Plaza y Janés, Barcelona, 1985, pp. 195-221).

3. Ch. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1972, lib. XI, cap. 4, p. 106. Para Hobbes, además, «la naturaleza del poder es como la fama: que va aumentando conforme sigue su proceso; o como los cuerpos pesados, que cuanto más larga es su caída, más aceleran su movimiento» (*Leviatán, o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Alianza, Madrid, 1989, cap. X, § 1.2, p. 83); «doy como primera inclinación natural de toda la humanidad un perpetuo e incansable deseo de conseguir poder tras poder, que sólo cesa con la muerte» (*ibid.*, cap. XI, § 2, p. 93).

4. La noción de «poder», escasamente atendida por la doctrina jurídica, es definida predominantemente como situación o posición jurídica subjetiva a cuyo ejercicio el ordenamiento asocia la producción de «efectos», o bien de «modificaciones jurídicas». Véanse en ese sentido T. Perassi, *Introduzione alle scienze giuridiche* [1922], reed. Cedam, Padova, 1967, § 39, pp. 51-52, para quien el poder es «una posibilidad de querer al que el ordenamiento conecta la producción de efectos jurídicos que realizan los fines prácticos, a cuya consecución se orienta la

voluntad manifestada por el sujeto» y que por tanto «se distingue del simple lícito jurídico», incluidas las libertades y los derechos de libertad, porque «significa posibilidad conferida por el derecho de hacer surgir ciertos efectos jurídicos, no simple libertad de expresar una natural facultad de obrar»; G. Garbagnati, «Diritto subiettivo e potere giuridico»: *Jus* (1941), 550 ss. y (1942), 205 ss., reed. en *Íd.*, *La sostituzione processuale*, Giuffrè, Milano, 1942, p. 76, configura el poder como la «posición de un sujeto investido de una fuerza que lo sitúa en condiciones de producir (o de concurrir a la producción) mediante un acto voluntario y lícito, una determinada modificación jurídica»; G. Miele, «Potere, diritto soggettivo ed interesse»: *Rivista del diritto commerciale* 1 (1944), 116, análogamente identifica el poder con la «fuerza activa de la que es investido un sujeto por el ordenamiento jurídico en condiciones de producir mediante su comportamiento voluntario una modificación jurídica»; E. Allorio, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, Giuffrè, Milano, 1957, vol. I, p. 29, para quien «poder es la circunstancia en la que alguien está en condiciones, mediante un acto normativo propio [...] de crear, modificar o extinguir, deberes o poderes»; N. Irti, *Introduzione allo studio del diritto privato*, cit., cap. I, § 11, pp. 63-70, que identifica el poder con «la posibilidad de conseguir un resultado, o sea, de determinar la producción de ciertos efectos jurídicos: posibilidad, por tanto, de querer los actos a los que la norma conecta aquellos efectos. De aquí su especificación, según el tipo de acto, en poder negocial, poder legislativo, poder judicial, etc.»; V. Frosini, «Potere (teoria generale)», en *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Torino, vol. XIII, 1966, pp. 440-443, para quien «con el término *poder* se hace referencia, *en sentido general*, al ejercicio de la capacidad jurídica del sujeto para producir modificaciones en el orden jurídico de relación, cuyas consecuencias estén a cargo de otros sujetos»; G. Carcatterra, «Del potere giuridico», en P. Di Lucia (ed.), *Ontologia sociale, potere deontico e regole costitutive*, Quodlibet, Macerata, 2003, pp. 55-70, quien, de acuerdo con una noción bastante extendida de «constitutividad» —aquella que en el § 4.3 he llamado «constitutividad en sentido lato»— subraya el carácter «constitutivo» de todos los poderes jurídicos. Más genérica es la definición de Santi Romano, *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1930, vol. I, cap. IV, § 2, pp. 141-142: «'Poder jurídico', en sentido amplio, es todo poder de acción (*potestas* o *facultas agendi*) atribuido a una persona por el ordenamiento jurídico, en orden a bienes o intereses protegidos por el mismo»: noción reproducida en *Íd.*, «Poderes. Potestades», en *Fragmentos de un diccionario jurídico*, Comares, Granada, 2002, pp. 221-258. Todavía más elemental es la definición de F. Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1936, I, § 20, p. 51, para quien el poder «significa posibilidad de mandar». Véanse también sobre el concepto de poder jurídico, A. Lener, «Potere (diritto privato)», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XXXIV, 1985, pp. 610-642, y el reciente estudio de M. Dell'Utri, *Potere e democrazia nei gruppi privati*, Jovene, Napoli, 2000.

5. No es superfluo insistir en que el presupuesto de una situación ilegítima es de una u otra forma la existencia de una decisión, aunque sea inválida (D9.27, T9.210, T9.213). Cuando la decisión aparezca privada de toda forma o tenga un significado manifestamente ilícito, como por ejemplo la orden de cometer un delito dictada a un militar por su superior, no siendo vigente, es decir, jurídicamente existente, no está en condiciones de producir nada, ni situaciones legítimas ni ilegítimas. Será pues oportuno precisar que esta tesis supone que un acto no puede ser al mismo tiempo inválido e ilícito. En efecto, el ilícito ha sido definido como un acto informal (D9.4), en relación de contrariedad con los actos formales (T9.15) y por tanto también con los actos inválidos que son en

todo caso formales (D9.20). Obviamente, bien puede suceder que un acto sea considerado y opere concretamente como acto formal, aun cuando consista, en realidad, en un acto ilícito, por ejemplo de corrupción o de abuso en el ejercicio de funciones. Pero esto significa simplemente que deja de ser considerado existente o vigente como acto formal desde el momento en que, contemplado en su materialidad, se advierte el carácter ilícito.

6. «Es fundamental la distinción de los poderes según que se ejerciten en interés propio del titular o los ejercite éste por un interés no propio o no exclusivamente propio, es decir, por un interés ajeno o por un interés objetivo. Los poderes de esta categoría toman el nombre de ‘funciones’, o de ‘oficios’, y se presentan principalmente en el derecho público, pero también en el derecho privado, en el que se dan, por ejemplo, la patria potestad, la potestad marital, los poderes del representante, el oficio del ejecutor testamentario, etc.» (S. Romano, «Poderes. Potestades», cit., p. 230). En particular, la caracterización como funciones de las potestades familiares resulta tanto más pacífica en Italia tras la reforma del derecho de familia en 1975, que ha eliminado la potestad marital y transformado la vieja patria potestad en «potestad de los padres», despojándola de cualquier rasgo de arbitrariedad y concibiéndola, al igual que la llamada potestad tutora, como típica «función» centrada en la «obligación de mantener, instruir y educar a la prole teniendo en cuenta las capacidades, inclinaciones naturales y aspiraciones de los hijos», según establece el artículo 147 del Código Civil. Cf. en este sentido A. Lener, «Potere: b) diritto privato», cit., pp. 610 ss.; A. Bucciante, «Potestà dei genitori», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XXXIV, 1985, pp. 774-793. Sobre el concepto de función cf. además F. Modugno, «Funzione», *ibid.*, vol. XVIII, 1969, pp. 301-313.

7. Véase más adelante la tesis T10.147 sobre la incompatibilidad entre derechos y funciones.

8. La caracterización de los derechos fundamentales como derechos «públicos», es decir, funcionales a los intereses del Estado, fue sostenida por la ius-publicística alemana e italiana del siglo XIX en el marco de una concepción organicista y antiliberal del Estado, incompatible con el reconocimiento del papel de los derechos como límites o vínculos externos al sistema de poderes, tanto públicos como privados. Recuértese en este sentido C. F. Gerber, *Über öffentliche Rechte* [1852] e *Id., Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts* [1865], trans. it., «Sui diritti pubblici» y «Lineamenti di diritto pubblico tedesco», en *Diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1971, pp. 3-87 y 89-213, quien, partiendo de la configuración del Estado como «organismo ético idealmente personificado» («Lineamenti...», cit., pp. 109 y 195 ss.), afirma que «la posición constitucional de un súbdito es la de un sometido al Estado» («Sui diritti pubblici», cit., § 7, p. 65), por lo que «el significado general de los así llamados derechos del ciudadano (libertades políticas) puede encontrarse sólo en algo negativo, es decir, en el hecho de que el Estado en su dominio y sujeción del individuo se mantiene dentro de sus límites naturales, dejando libre, fuera de su ámbito e influencia, aquella parte de la persona humana que no puede someterse a la acción coercitiva de la voluntad general según las ideas de la vida popular germánica» (*ibid.*, p. 67). Según esta concepción, que ha influido ampliamente en la cultura iuspublicista, los derechos públicos subjetivos «encuentran su fundamento, contenido y fin en el organismo estatal, en el que debe realizarse la voluntad nacional en su camino hacia la realización de la vida colectiva» (*ibid.*, § 4, p. 43); tienen su «raíz no tanto en la esfera jurídica del individuo, cuanto más bien en la existencia abstracta de la ley» (*ibid.* § 7, p. 82); son, por tanto, «elementos orgánicos de un Estado concreto» («Lineamenti...», cit., § 6, p. 107) y pertenecen a

cada uno como «efectos reflejos» del poder estatal (*ibid.*, §§ 16 y 17, pp. 130 y 132). Análoga es la concepción de G. Jellinek, *Das System der subjektiven öffentlichen Rechte* [1892], trad. it., *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, Società Editrice Libreria, Milano, 1912, que enuncia abiertamente la funcionalización de los derechos fundamentales del ciudadano al interés general: «Cualquier interés individual encuentra su reconocimiento jurídico solamente cuando dicho reconocimiento viene exigido por el interés general. No existe ningún interés jurídico individual que no tenga relación con un interés general. Pero el grado de esta relación puede variar sensiblemente. Por ello los intereses individuales se distinguen en intereses constituidos predominantemente por fines individuales e intereses constituidos predominantemente por fines generales. El interés individual que se reconoce predominantemente en el interés general constituye el contenido del derecho público», el cual «representa al individuo mismo no como persona aislada, sino como miembro de la comunidad» y «pertenecce al individuo a causa de su cualidad de miembro del Estado» (*ibid.*, cap. IV, p. 58); «cualquier derecho público existe en el interés general, que es idéntico al interés del Estado» (*ibid.*, cap. VI, p. 78). Sobre los derechos públicos subjetivos véanse también S. Romano, «La teoria dei diritti pubblici soggettivi», en V. E. Orlando (ed.), *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, Società Editrice Libreria, Milano, 1900, vol. I, pp. 113-220, con amplias referencias incluso críticas a la doctrina alemana; E. Casetta, «Diritti pubblici subbiettivi», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XII, 1964, pp. 791-802, que reconstruye el origen histórico de la categoría en la doctrina alemana e italiana, criticando su concepción subyacente. Sobre la desoladora trayectoria de la teoría de los derechos subjetivos en la cultura jurídica alemana, remito a mis *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, ³2009, pp. 913-915 y 951-952; *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, ⁴2009, pp. 27-28 y 35-38; *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 21-28. Cf. además M. La Torre, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Giuffrè, Milano, 1996; A. Gentili, «A proposito de «Il diritto soggettivo»»: *Rivista di diritto civile* 3 (2004), 351-373.

9. Como se ha visto en el § 7.8, la idea de una «relación orgánica» entre las personas jurídicas y las personas físicas que las hacen funcionar y que serían pues sus «órganos», constituye un lugar común de la doctrina jurídica. Incluso F. Ferrara, Sen., *Le persone giuridiche*, Utet, Torino, ²1958, que en una larga nota (§ 35, nota 1, pp. 111-113) admite la naturaleza representativa de la relación entre funcionarios y personas jurídicas, sostiene no sólo, como se dijo en la nota 36 del capítulo VII, que las personas jurídicas están dotadas de capacidad de obrar además de capacidad jurídica (*ibid.*, § 92, pp. 316 ss.), sino también que los órganos se identifican con los funcionarios (*ibid.*, § 35, p. 112: «en todo caso en este sentido órganos son de las personas físicas. Y naturalmente no se plantea la cuestión de una subjetividad jurídica»). También Falzea, que en cambio reconoce, como se ha recordado en la nota 35 del capítulo VII, que las personas jurídicas son incapaces de obrar, sostiene la tesis de la relación orgánica y no representativa entre funcionarios y órganos, imputándose a éstos, «mediante una particular forma de imputación, distinta de la que opera en la representación», no sólo los efectos sino también los actos de aquéllos («Capacità [teoria generale]», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. VI, 1960, p. 32). La misma tesis es sostenida por G. Minervini, «Alcune riflessioni sulla teoria degli organi delle persone giuridiche»: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* (1953), 940 ss.; por M. S. Giannini, «Organi (teoria generale)», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XXXI, 1981, pp. 37-60, y por F. Galgano, *Diritti civile e commerciale*, Cedam, Padova, 1990, vol. 1, § 48, p. 187.

10. El desdoblamiento de las funciones —las unas, como se ha dicho en el párrafo precedente, representativas, las otras institucionales— se produce sólo en la representación orgánica: en la cual el representante orgánico o funcionario viene precisamente imputado de las funciones («representativas») de las que es titular el ente por él representado y que son por él ejercidas en el interés del ente, mientras que el ente es titular de las mismas funciones («institucionales») en el interés de sus fundadores, socios o similares y resulta imputable por los actos de los funcionarios que constituyen su ejercicio. En la representación legal y en la voluntaria, en cambio, aunque hablándose de funciones representativas, no cabe hablar de funcionarios. Funcionarios son sólo aquellos que, en virtud de la competencia que se les confiere en el sentido que será precisado más adelante, hacen «funcionar» el órgano y por tanto la persona jurídica, ejerciendo las funciones de las que éstos son titulares. Es en esto —pero sólo en esto— donde reside el carácter orgánico de la representación de los funcionarios.

11. No forman parte de esta relación representativa, aunque viéndose implicados o interesados en la misma, los otros tres sujetos indicados en la segunda parte del § 7.8: los sujetos constituyentes de la persona jurídica (como los miembros de una asamblea constituyente o los socios fundadores de una sociedad mercantil); los sujetos en función de los cuales la persona jurídica se constituye y que pueden también identificarse con los anteriores, pero que por lo común se diferencian (como los socios de una sociedad mercantil o los ciudadanos de un Estado); los terceros con los que la persona jurídica entra en relaciones jurídicas.

12. En este sentido, véanse G. H. von Wright, *Norma y acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid, 1970, X, § 4, pp. 198-200; C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1975 (2.^a reimp. 1993), cap. VIII, § 3, pp. 208-209, para quienes las normas de competencia, por ejemplo sobre la competencia de los jueces, son normas permisivas, además de normas constitutivas: «Las normas de competencia son *normas de conducta* para los jueces, si se las concibe como normas permisivas que establecen la permisión de realizar ciertos actos en ciertas circunstancias. Al mismo tiempo, son *constitutivas* de la autoridad judicial; nadie es juez sino en virtud de una norma de competencia y en la medida y con el alcance que esa norma determine. Es que el concepto de juez es habitualmente definido en función de las normas de competencia y, por consiguiente, forman ellas parte del significado del término 'juez'». Una tesis parcialmente distinta, según la cual las normas de competencia serían esencialmente definiciones o reglas conceptuales, ha sido sucesivamente sostenida por E. Bulygin, «Sobre las normas de competencia», en *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, § 27, pp. 485-498, y por C. E. Alchourrón y E. Bulygin, «Definiciones y normas» [1983], ahora en *Análisis lógico y derecho*, cit., § 25, pp. 462-463.

13. Es la crítica dirigida a la concepción de las normas de competencia como reglas deónticas de tipo permisivo por M. Atienza y J. Ruiz Manero, «Las reglas que confieren poderes» [1994], en *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, cap. II, pp. 46-51. En mi opinión, la crítica está fundada, pero no ya porque las normas de competencia sean concebidas por Alchourrón y Bulygin (también) como normas de conducta, normas deónticas o prescripciones, sino sólo porque tales prescripciones son concebidas por ellos como «permisos» del acto que tienen por objeto, del que por tanto sería suficiente determinar la validez, en vez de como una de las obligaciones relativas a su forma. Sobre las tesis antiprescriptivistas sostenidas en este ensayo por Atienza y Ruiz Manero, reproducidas junto a las respuestas a sus críticos en *Las piezas del*

Derecho..., cit., pp. 45-90, se ha desarrollado, en P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1995. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1995, un vivo debate en el que han participado R. Caracciolo, «Due tipi di potere normativo», *ibid.*, pp. 199-218; D. Mendonca, J. J. Moreso y P. E. Navarro, «Intorno alle norme di competenza», *ibid.*, pp. 219-235; M. Atienza y J. Ruiz Manero, «Adversus Pompeyanos. A proposito di alcune critiche alla nostra concezione delle regole che conferiscono poteri», *ibid.*, pp. 237-251 (en cast. la réplica aparece como Apéndice al cap. II de *Las piezas del Derecho...*, cit., pp. 77-90). Una presentación crítica de las distintas tesis sobre la cuestión se ofrece en J. Ferrer Beltrán, *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, que propone concebir las normas de competencia como reglas constitutivas de la competencia.

14. Naturalmente, puede también suceder que un mismo acto normativo, además de constituir téticamente las competencias de un ente o de un órgano, designe contextualmente al funcionario: diremos en tal caso que la norma de competencia producida, además de tético-constitutiva de la competencia del órgano o ente, lo es también, contingentemente, de la competencia del funcionario.

15. Se manifiesta en esta complejidad de las normas de competencia la doble dimensión de las instituciones (T8.111): la subjetiva relativa a su estructura organizativa como ‘sujetos artificiales’, expresada por las normas de competencia como normas constitutivas de estatus, y la objetiva relativa a su estructura normativa como ‘ordenamientos’, expresada por las normas deónticas formales sobre la producción. La posibilidad de que una norma, como en el caso precisamente de las normas de competencia, sea al mismo tiempo deóntica y constitutiva ha sido puesta en duda por J. Ferrer Beltrán, *Las normas de competencia...*, cit., cap. II, § 2.1, pp. 54-55, que ha criticado la doble caracterización de las normas de competencia como normas de conducta y al tiempo como normas constitutivas propuesta por Alchourrón y Bulygin en el pasaje de la *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* aquí recordado en la nota 12, sobre la base de una análoga crítica dirigida, veinte años antes, por el propio Bulygin a John R. Searle: «La observación de Searle de que las reglas constitutivas también regulan las actividades por ellas constituidas es equívoca. Una y la misma regla no puede ser a la vez una regla conceptual (una definición) y una norma de conducta (una prescripción en el sentido de von Wright)» («Sobre las normas de competencia», cit., p. 494). Pero el hecho de que Bulygin haya cambiado de opinión no impide que su primera tesis, aparte de la configuración de las normas de competencia como permisos (del acto) en lugar de como obligaciones (relativas a su forma), resulte fundada. Simplemente, nos encontramos frente a una norma compleja, que en su parte constitutiva constituye téticamente la competencia del órgano e hipotéticamente la competencia del funcionario que lo representa, y en su parte deóntica establece una obligación de forma, cuya observancia es condición (necesaria pero no suficiente) de la validez formal del acto mediante el que la función competente viene ejercida. Por ejemplo, la norma de la Constitución italiana que enuncia entre las funciones de competencia del presidente de la República la promulgación de las leyes es una norma tético-constitutiva en relación con el órgano de la presidencia de la República, una norma hipotético-constitutiva para la persona que concretamente ocupa el cargo y una norma hipotético-deóntica en referencia a la promulgación a ella confiada como requisito de validez de las leyes.

16. Véase, *supra*, la nota 37 del capítulo IX sobre los vicios —como es precisamente el defecto absoluto de competencia— que, aun referidos a la forma,

o sea, a la naturaleza del sujeto del acto, requieren, para su constatación, que se interprete lo que el acto dice.

17. C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, § II, Trotta, Madrid, 2011, pp. 112 y 113.

18. En ocasiones el estatuto es dictado, téticamente, por el propio acto constitutivo de la persona jurídica, y no existe por tanto disociación entre las normas que instituyen la persona y las que establecen el estatuto: es el caso, por ejemplo, de la institución de un ente público no previamente previsto por ninguna norma del ordenamiento, por obra de una ley que al mismo tiempo establece el estatuto. Otras veces la persona jurídica aparece prefigurada deónticamente, o sea, hipotizada como permitida, es decir, como facultativa, o como obligatoria (T1.39). Así, está hipotizada como facultativa la institución de una sociedad por acciones regulada por las normas hipotéticas del código civil. Lo está como obligatoria, por ejemplo, la ya recordada de las Regiones y de la Corte Constitucional prevista por la Constitución italiana. En estos casos la institución de tales entes requiere, respecto a los actos normativos que dictan sus normas hipotético-constitutivas y al propio tiempo hipotético-deónticas, la realización de un ulterior acto, constitutivo, precisamente, de su estatuto. En todos los casos —éste es el sentido de nuestras tesis T10.100-T10.109— es el estatuto el que disciplina la institución, sea pública o privada, determinando el estatus jurídico y la razón social de la correspondiente persona artificial y estableciendo la norma de reconocimiento del respectivo ordenamiento.

19. Recuérdese cuanto he dicho, *supra*, en el último párrafo del § 8.1 y en las notas 3 del capítulo IV y 6 del capítulo VIII. La noción de ‘fuente de cognición’ será examinada concretamente en el § 12.12.

20. Conviene advertir que en el plano teórico la razón social de la persona artificial puede faltar, al contrario de lo que sucede con la norma de reconocimiento del ordenamiento. En efecto, mientras que existe implicación recíproca entre norma de reconocimiento y ordenamiento (T8.97), tan sólo podemos decir que la razón social es siempre el estatus de una persona artificial (T8.102-T8.103), pero no a la inversa; y que dicha razón, si establecida por el estatuto, consiste en las normas sustantivas que vinculan la persona jurídica a la garantía de las expectativas en vista de las que ha sido instituida (T10.104, T10.106, T10.108). Pero es muy posible que sea instituido un ente sin que se establezca ningún vínculo estatutario de tipo sustancial: en otras palabras, sin que su estatus jurídico consista en una cierta razón social. Tal vez sea ése el caso de los Estados absolutos: «No hay constitución» —afirma el artículo 16 de la «Declaración de derechos» de 1789— si «la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida»; donde es claro que ‘constitución’ viene entendida justamente en el sentido sustancial que será identificado, en el § 12.10, por la segunda parte de la definición de ‘constitución’ (D12.22), en referencia a la específica ‘razón social’ de la democracia constitucional consistente en los límites y vínculos de contenido impuestos a la institución estatal. En el derecho positivo la razón social de una persona artificial aparece generalmente establecida en su estatuto: es así en el derecho civil, como por ejemplo en el italiano conforme al ya citado artículo 16, y aún más claramente en el derecho público de los modernos estados de derecho dotados de constitución. Sin embargo, es posible en el plano teórico una institución sin razón social y/o sin estatuto formal. Por lo demás, como se ha visto en el § 8.13, las instituciones adquieren relevancia, cuando no son consideradas como ordenamientos, no necesariamente como personas jurídicas, sino también como simples sujetos jurídicos (D8.15, T8.112-T8.113) desprovistos de estatus y de personalidad jurídica.

21. J. Locke, *Segundo Tratado sobre el Gobierno civil*, cit., cap. II, § 6, p. 38, donde aparecen relacionados «la vida o cuanto contribuye a la conservación de la vida, como la libertad, la salud, los miembros del cuerpo o los bienes»; *Id.*, *Epistola de Tolerantia* [1685]: «El Estado es una sociedad de hombres establecida únicamente para conservar y promover los bienes civiles, y bienes civiles yo llamo la vida, la libertad, la integridad física y la ausencia de dolor, la propiedad de objetos externos, como tierra, dinero, muebles, etc.» (trad. cast., *Carta sobre la tolerancia*, ed. de P. Bravo Gala, Tecnos, Madrid, 1988, p. 8).

22. J. Locke, *Segundo Tratado sobre el Gobierno civil*, cit., cap. V, § 27, p. 56. Análogamente Kant habla de la «propiedad que tiene el hombre de ser su propio patrón (*sui iuris*)», «Principios metafísicos de la doctrina del derecho. División de la doctrina del derecho», C), en *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 49. Y sobre esta base reproduce la misma confusión lockeana entre propiedad y libertad: «Lo mío exterior es aquello fuera de mí, cuyo uso discrecional no puede impedírseme sin lesionarme (sin perjudicar a mi libertad, que puede coexistir con la libertad de cualquier otro según una ley universal) [...] Aquí se trata de la determinación práctica del arbitrio conforme a leyes de libertad» (I. Kant, «Principios metafísicos de la doctrina del derecho», parte I, cap. I, § 5, en *La metafísica de las costumbres*, cit., pp. 60-61); por lo demás, como condición de la cualidad de ciudadano, Kant exige, en el pasaje referido *infra* en la nota 24 del capítulo XIV, que la persona «sea su propio dueño». Este nexo entre libertad y propiedad en el pensamiento de Kant es subrayado por G. Solari, «Introduzione» a I. Kant, *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Utet, Torino, 1965, p. 27: «La propiedad viene de este modo a situarse como principio supremo en el sistema jurídico y político kantiano. La razón y la constitución del Estado se fundan sobre ella [...] La posesión se eleva a categoría suprema del orden jurídico natural kantiano, pues en ella la actividad jurídica del hombre, su libertad externa toma forma concreta [...] En la propiedad la libertad externa toma forma y valor jurídico». Sobre el nexo entre propiedad, libertad y persona en el pensamiento liberal clásico —la primera calificada como «inviolable y sagrada» por el artículo 17 de la Declaración de 1789— véanse las páginas de P. Grossi, «Proprietà e contratto», en M. Fioravanti (ed.), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2004, pp. 130 ss. (trad. cast. de M. Martínez Neira, *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 127 ss.).

23. J. S. Mill, *On Liberty* [1861], trad. cast. de P. de Azcárate, *Sobre la libertad*, prólogo de I. Berlin, Alianza, Madrid, 1970, p. 66. Recuérdese la definición aristotélica de «esclavo», referida *infra* en la nota 50 del capítulo XV, como «ser que por naturaleza no pertenece a sí mismo, aun siendo hombre», o bien que «aun siendo hombre, es objeto de propiedad». La idea del *dominium sui* y del *dominium super suos actos* como elementos constitutivos de la persona ya había sido elaborada por la teología franciscana tardomedieval, por obra de san Buenaventura y de Pietro di Giovanni Olivi, sobre cuyas tesis véanse P. Grossi, «La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 411 ss.; E. Santoro, *Autonomia individuale, libertà e diritti. Una critica dell'antropologia liberale*, Ets, Pisa, 1999, pp. 155-165.

24. J. Locke, *Segundo Tratado sobre el Gobierno civil*, cit., cap. IX, § 123, p. 134. «El trabajo de su cuerpo y la labor producida por sus manos», prosigue el pasaje de Locke sobre la «propiedad de la propia persona» recordado *supra* en la nota 22, «podemos decir que son suyos. Cualquier cosa que él saca del estado en que la naturaleza la produjo y la dejó, y la modifica con su labor y añade a ella

algo que es de sí mismo, es, por consiguiente, propiedad suya. Pues al sacarla del estado común en el que la naturaleza la había puesto, agrega a ella algo con su trabajo, y ello hace que no tengan ya derecho a ella los demás hombres. Porque este trabajo, al ser indudablemente propiedad del trabajador, da como resultado el que ningún hombre, excepto él, tenga derecho a lo que ha sido añadido a la cosa en cuestión, al menos cuando queden todavía suficientes bienes comunes para los demás» (*ibid.*, § 27, pp. 56-57). «Ciertamente, quien se ha alimentado de las bellotas que él mismo ha recogido de debajo de una encina, o de las manzanas que ha cosechado de los árboles del bosque, puede decirse que se ha apropiado de ellas. Nadie podrá negar que ese alimento es suyo. Pregunto, pues: ¿cuándo empezaron esos frutos a pertenecerle? ¿Cuando los ha digerido? ¿Cuando los comió? ¿Cuando los coció? ¿Cuando se los llevó a su casa? ¿Cuando los cogió en el campo? Es claro que si el hecho de recogerlos no los hizo suyos, ninguna otra cosa podría haberlo hecho. Ese trabajo estableció la distinción entre lo que devino propiedad suya, y lo que permaneció siendo propiedad común. El trabajo de recoger esos frutos añadió a ellos algo más de lo que la naturaleza, madre común de todos, había realizado. Y de este modo, dichos frutos se convirtieron en derecho privado suyo [...] La apropiación de alguna de las partes comunales empieza cuando alguno las saca del estado en que la naturaleza las ha dejado. Sin esto, las tierras comunales no tendrían sentido [...] El trabajo que yo realicé sacando esos productos del estado en que se encontraban, me ha establecido como propietario de ellos» (*ibid.*, § 28, pp. 57-58). Sobre el nexo lockeano entre propiedad y trabajo (incluso emigrando a «los yermos desiertos de América») véanse los pasajes referidos en las notas 92-94 y 172-173 del capítulo XV.

25. De acuerdo con su concepción de «elementos orgánicos» del Estado elaborada por la iuspublicística alemana y comentada *supra* en la nota 8, estos «derechos públicos» serán concebidos por Jellinek y luego por Santi Romano como efectos de una «auto-obligación» del Estado (G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, cit., pp. 215 ss.) o de una «autolimitación» (S. Romano, «La teoria dei diritti pubblici soggettivi», cit., pp. 159-163). De aquí deriva un evidente debilitamiento de los derechos de libertad, que paradójicamente no alcanza a la propiedad, que permanece configurada, como ha observado Stefano Rodotà, como «poder absoluto» —el único límite al «otro absoluto, el poder soberano»— de acuerdo con la vieja máxima de Portalis «al ciudadano pertenece la propiedad y al soberano el imperio» sobre cuya base «se comprende el ligamen establecido entre ejercicio de los derechos políticos y posición propietaria» (S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Il Mulino, Bologna, 1981, p. 105 [trad. cast. de L. Díez-Picazo, *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, Civitas, Madrid, 1986, p. 101]; Íd., *Libertà e diritti in Italia dall'Unità ai giorni nostri*, Donzelli, Roma, 1997, p. 14).

26. F. C. Savigny, *Sistema del derecho romano actual*, Comares, Granada, 2005, Libro II, § 56, p. 165. Es interesante la singular sintonía de Savigny con la idea lockeana de la «propiedad de la propia persona» a partir de esta concepción expansiva de la libertad como «dominio de la voluntad»: «Encontramos tres objetos susceptibles de ser materia de nuestra voluntad, a cuyos tres objetos corresponden tres esferas concéntricas en donde la voluntad puede ejercitar su acción: 1) El yo al cual pertenece el derecho original que existe fuera del dominio del derecho positivo; 2) El yo hecho más extenso por la familia. Aquí el imperio de nuestra voluntad sólo entra en parte bajo el dominio del derecho, en donde forma el derecho de familia; 3) El mundo exterior. Aquí la voluntad está exclusivamente regulada por el derecho positivo en donde forma el derecho de bienes, que se subdivide en derecho de las cosas y derecho de las obligacio-

nes. Debemos, por consiguiente, reconocer tres clases principales de derechos: primero, derecho de familia; segundo, derecho de las cosas; tercero, derecho de obligaciones» (*ibid.*, Lib. II, § 53, p. 155). Todavía más en sintonía con las tesis de Locke se muestra Bernard Windscheid, *Diritto delle Pandette*, Utet, Torino, 1902, I, §§ 37-40, pp. 169-178, que tras haber definido el derecho subjetivo como «potestad o señorío de la voluntad concedido por el orden jurídico», abandona la reserva de Savigny, que no consideraba «derecho propio y verdadero» el de la «propia persona originaria», e incluye explícitamente entre los derechos subjetivos, junto a los «derechos reales y personales», los «derechos sobre la propia persona»: «Cuando se pregunta si existen derechos sobre la propia persona, el sentido de esta pregunta, según cuanto se ha observado en el § 38, puede ser solamente: si el orden jurídico declara que la voluntad del titular es decisiva para la propia persona, proporcionando prohibiciones para cuantos se sitúan frente a él, como al conceder un derecho real declara que la voluntad del titular es decisiva para una cosa. Así formulada, la cuestión no puede ser resuelta en sentido negativo. Se llega de este modo a un derecho a la vida, a la integridad corporal o a disponer del propio cuerpo sin obstáculos (libertad) [...] La voluntad del hombre, *in se y per se*, puede además pensarse como norma decisiva para la propia persona incluso del lado de su existencia síquica. Se llega así a admitir un derecho a la exteriorización del espíritu en sus varias funciones [...]; así el derecho a la exteriorización de la facultad de pensar y de sentir, y lo mismo resulta también para el derecho a la exteriorización de la facultad de querer, en cuanto esta exteriorización no implica una acción sobre la persona o sobre las cosas de otro» (*ibid.*, § 40, p. 177). En el siglo pasado los «derechos sobre la propia persona» como derechos *in se ipsum* análogos a los derechos reales —de los que había hablado también G. F. Puchta, *Pandette*, § 2, citado por Windscheid, *op. cit.*, p. 178, nota 1, y de los que todavía hablará A. Rava, «I diritti sulla propria persona»: *Rivista italiana per le scienze giuridiche* (1901), 137—se convertirán, en el léxico civilista, en los bien diferentes «derechos de la persona» o «de la personalidad», fundamentales e indisponibles. Pero el esquema propietario del «derecho sobre» y la homologación de los conceptos de libertad y propiedad habían ya modelado, en el imaginario teórico-jurídico, la entera categoría de los derechos subjetivos.

27. «El axioma fundamental de la teoría *libertaria* es que todo individuo debe ser propietario de sí mismo» (M. N. Rothbard, *The Ethics of Liberty*, Humanities Press, Atlantic Highlands, 1982, p. 59) (trad. cast. de M. Villanueva, *La ética de la libertad*, Unión Editorial, Madrid, 1995, p. 75). Es la tesis que —como ha mostrado E. Diciotti, «La proprietà di sé»: *Studi senesi* (2002), fasc. 2, 215-255— comparten gran parte de las modernas doctrinas anarco-capitalistas sobre la ausencia de límites a los que en el próximo capítulo identificaré como los derechos-poder de autonomía privada: véanse en este sentido, de Murray N. Rothbard, además del ensayo ya citado, *Per una nuova libertà* [1973], Libreria, Macerata, 1996; H. Steiner, *An Essay on Rights*, Blackwell, Oxford, 1994, quien a partir de la propiedad sobre sí mismo llega nada menos que a admitir que uno pueda venderse como esclavo (*ibid.*, pp. 232-233), lo que había sido expresamente excluido por Locke (*Segundo Tratado...*, cit., § 23, p. 53: «Pues un hombre sin poder sobre su propia vida, no puede, por contrato o acuerdo otorgado por su propio consentimiento, ponerse bajo el absoluto poder arbitrario de otro»); P. Van Parijs, *Real Freedom for All*, Clarendon, Oxford, 1995 (trad. cast. de J. F. Álvarez, *Libertad real para todos*, Paidós, Barcelona, 1996).

28. Recordemos las conocidas tesis críticas de H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, México, ²1958, 2.^a reimp. 1979, parte I, VI,

p. 94, según las cuales el derecho subjetivo no es otra cosa que la «posibilidad jurídica de poner en movimiento la sanción» (pero véanse también los pasajes recordados *infra* en las notas 36-39 del capítulo XII) y, por otro lado, las tesis sobre la inexistencia de referencias semánticas del concepto sostenidas por A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, ³1974, cap. VI; Íd., *Tù-tù*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, pp. 21 ss., y por K. Olivecrona, *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, Labor, Barcelona, 1980, caps. VI y VII, en particular pp. 133 ss. Por una razón por completo diferente, es decir, por la excesiva heterogeneidad de las figuras por ella denotadas, a su vez he dudado de la consistencia teórica de la noción de «derecho subjetivo» en *Teoria assiomaticizzata del diritto. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1970, cap. II, § 5.2, pp. 97-105, y en *Derecho y razón*, cit., § 60, pp. 908-915. Sobre la heterogeneidad de todas estas figuras y sobre sus diferencias estructurales véanse *infra* los §§ 11.6-11.8.

29. Conviene dar cuenta del hecho de que también ‘prestación’, al igual que ‘lesión’, viene aquí usada como predicado diádico en un sentido que se aparta aparentemente de los usos corrientes. En el lenguaje común, en efecto, mientras que «lesión» se predica generalmente en contextos del tipo «tal acto es lesión de tal derecho o interés», «prestación» viene utilizada o como predicado monodiádico, o bien como predicado diádico referido no ya al interés por ella satisfecho sino al objeto de la prestación: por ejemplo, es usual decir que un acto es «prestación» de un bien, de un servicio o de una obra ventajosa para su beneficiario. Pero es claro que en tales contextos de una manera u otra se quiere entender, elípticamente, que el bien, el servicio o la obra prestada representan una ventaja para el sujeto al que se destinan, es decir, que corresponden a (o son objeto de) un interés suyo. De aquí la oportunidad —también en vista de la definición de ‘derecho subjetivo’, y además de los ‘derechos positivos’ y de los deberes a ellos correspondientes— de explicitar tal referencia al interés positivo satisfecho por la prestación, simétrico y opuesto al negativo de las ‘lesiones’ que se refiere en cambio a comportamientos contrarios a los intereses (y a los derechos) de quien las sufre.

30. H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., parte I, cap. VI, C, pp. 90-98; Íd., *Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1979, § 29, a), p. 140, donde el derecho subjetivo viene definido como «el simple reflejo de un deber jurídico». No se puede dejar de ver en esta tesis el eco de la concepción de Gerber de los derechos subjetivos como «efectos reflejos» del poder estatal, referida *supra* en la nota 8.

31. Me parece que de este modo puede ser reformulada la distinción ya clásica entre «permiso fuerte» y «permiso débil». La distinción procede de G. H. von Wright, *Norma y acción...*, cit., V, § 13, pp. 100-102, según la cual un acto está permitido en sentido débil si no está prohibido, mientras que está permitido en sentido fuerte si se halla explícitamente permitido. La misma distinción ha sido formalizada por C. Alchourrón y E. Bulygin, «Lógica de normas y lógica de proposiciones normativas» [1969], en Íd., *Análisis lógico y derecho*, cit., pp. 31-33, para quienes el «permiso fuerte» aparece en presencia de una norma que expresamente permita un determinado acto, mientras que el «permiso débil» se da en el caso de que falten normas que lo prohíban. Sobre la distinción véanse también R. A. Guibourg y D. Mendonca, «Permesso, garanzie e libertà», en *Analisi e diritto* 1995, cit., pp. 269-301, y T. Mazzarese, «Permesso forte e permesso debole: note a margine», en P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto* 2000. *Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 113-131.

32. Son los dos clásicos modelos —el derecho subjetivo como «potestad» o «señorío de la voluntad» y como «interés protegido por el derecho»— sostenidos, respectivamente, por B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, cit., I, § 37, p. 170 y por R. Jhering, *El espíritu del derecho romano*, Comares, Granada, 1998, pp. 1033 y 1040. De estas dos nociones, la primera es demasiado restringida, la segunda demasiado amplia. Existen en efecto, como se verá más adelante, derechos que no son potestades y ni siquiera facultades, como los ‘derechos-inmunidad’ (D10.23), los ‘derechos positivos’ a prestaciones positivas (D10.21), desde los derechos de crédito a los derechos sociales, y, por otro lado, intereses jurídicamente protegidos que no son derechos, como gran parte de los intereses públicos. Una definición de compromiso, que conecta los dos modelos, fue formulada por G. Jellinek, «Sistema dei diritti pubblici soggettivi», cit., p. 49, para quien «el derecho subjetivo es la potestad de querer que tiene el hombre, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico, en cuanto se dirija a un bien o a un interés»: una definición, por otro lado, inadecuada porque permanece anclada en la «potestad de querer» de la que no forman parte ni los derechos-inmunidad ni los derechos positivos.

33. En *Derecho y razón*, cit., § 57, pp. 860-868, he llamado «derechos de» a los derechos consistentes en *facultates* o *potestates agendi* y «derecho a» a los que consisten en expectativas positivas de comportamientos de otros. Esta distinción es sin embargo incompleta dado que, en rigor, no todos los derechos son «derechos de» o «derechos a». Existen también, como se ha dicho en la nota precedente, derechos como los ‘derechos-inmunidad’ (la libertad de conciencia, la libertad personal, el derecho a la privacidad y similares) que no encuentran acomodo en ninguna de estas dos categorías, siendo más bien simples expectativas negativas, o sea, ‘libertades frente a’. Será necesario entonces distinguir, como se dirá en la tesis T10.143, entre *derechos positivos*, en relación de contrariedad con los derechos negativos (T10.131), *derechos-facultad* y *derechos-inmunidad*, que son derechos negativos (T10.154) entre ellos a su vez en relación de contrariedad (T10.155, T10.156).

34. Esta relación de oposición se refiere evidentemente a los derechos positivos y a los derechos negativos como figuras atómicas, o sea, referidas a los mismos comportamientos. Lo que no impide, obviamente, que a los derechos negativos se asocien otros derechos positivos y a la inversa: los derechos negativos fundamentales, que en el próximo capítulo llamaré ‘individuales’, como por ejemplo los derechos de libertad o a la integridad personal, están generalmente asociados, en caso de violación, a los derechos a la actuación de las que más tarde denominaré garantías secundarias, a su vez activadas por el derecho a la tutela judicial de los propios derechos. Por otro lado, derechos como el derecho a la salud o al trabajo pueden figurar, según el tipo de comportamiento que tengan por objeto, sea como derechos positivos (a la prestación de la asistencia sanitaria o a medidas adecuadas para garantizar el empleo), sea como derechos negativos (a no ser lesionado en la salud o a no ser despedido sin justa causa). Sobre esta complejidad molecular de los derechos, y en particular de los derechos fundamentales, cf. V. Abramovich y Chr. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, ²2004, pp. 21-37.

35. Uso ‘derechos-facultad’ en sentido literal para designar los derechos que consisten (además de en expectativas negativas también) en *facultades*, y por lo tanto en un sentido más restringido que el usual en la doctrina, que entiende esta noción, sustancialmente, como sinónimo de «facultades» (G. Messina, «Diritti facoltativi» [1938], en *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1948, vol. V, pp. 61-66). La clase más relevante de estos derechos es evidentemente la de los dere-

chos de libertad, de los que hablaré en el próximo capítulo. Una figura típica de derecho-facultad es también la posesión, consistente en la facultad de comportamiento de uso o disfrute (pero no de actos de disposición) asociada a la expectativa negativa de no lesión, o sea, de la omisión de actos de interferencia, perturbación o impedimento de su ejercicio. Sobre la naturaleza de la posesión se ha desarrollado una extraña disputa —acerca de si se trata de un «hecho» o de un «derecho»— sobre la que pueden verse P. Bonfante, *Corso di diritto romano* [1933], Giuffrè, Milano, 1972, III, pp. 223 ss.; E. Finzi, *Il possesso dei diritti* [1915], Giuffrè, Milano, 1968, pp. 24 ss.; C. A. Funaioli, *La tradizione*, Cedam, Padova, 1942, pp. 118 ss., y, por último, A. Mela, *Il concetto di possesso. Un'indagine di teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 146-166.

36. También uso 'derechos-potestad' en sentido literal, esto es, para designar los derechos que consisten (además de en expectativas negativas) en *potestades*, y por tanto en un sentido bastante más extenso de aquel con que la expresión, como he señalado en la nota 17 del capítulo IX, es utilizada por Giuseppe Chiovenda, quien la define como el «poder (de alguien) de influir con su manifestación de voluntad sobre la condición jurídica de otro, sin el concurso de la voluntad de éste» (*Principi...*, cit., § 1, II, p. 40): tales son típicamente, para Chiovenda, el derecho de acción (*ibid.*, p. 43) y en general todos los derechos consistentes «en el poder jurídico del actor para producir un acto jurídico mediante sentencia del juez» (*ibid.*, § 8, I, p. 180) llamada precisamente «constitutiva» (en el sentido que se dijo en la nota 17 del cap. IX), en la que «lo que es esencial es la producción de un estado jurídico que antes no existía» (*ibid.*, § 8, III, pp. 196-197). A partir de la definición D10.25 entran en efecto en la categoría de los derechos-potestad todos los derechos consistentes en poderes, es decir, en modalidades cuyo ejercicio es productor de efectos en la esfera jurídica de otros sujetos (T10.28), aun cuando sea con el concurso de su voluntad: como los derechos civiles y políticos de autonomía y los derechos de disposición y cambio conectados a los derechos patrimoniales. La noción restringida de «derechos-potestad» utilizada por Chiovenda tuvo su formulación más orgánica en la obra de E. Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, Duncker und Humblot, Leipzig, 1898, vol. II, pp. 36 ss., y fue retomada en Italia por G. Messina, «Sui cosiddetti diritti potestativi» [1906], ahora en *Scritti giuridici*, cit., pp. 3-37; Íd., «Diritti potestativi» [1938], *ibid.*, pp. 41-57, reed. y puesto al día en Íd., «Diritti potestativi», en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., vol. V, 1960, pp. 737-74. Véanse también G. Auletta, «Poteri formativi e diritti potestativi»: *Rivista di diritto commerciale* I (1939), 564 ss.; S. Romano, «Poderes. Potestades», cit., pp. 226 ss. y 94, que por otra parte niega a tales potestades el carácter de «derechos subjetivos»; N. Irti, *Introduzione allo studio del diritto privato*, cit., § 12, pp. 70-78.

37. De la literatura sobre los intereses legítimos me limito a recordar las acertas páginas de M. S. Giannini, *La giustizia amministrativa*, Jandi Sapi, Roma, 1963, cap. I; Íd., *Diritto amministrativo*, cit., §§ 155-157, pp. 506-519. Véanse también A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1963, 2 vols.; E. Cannada-Bartoli, «Interesse (diritto amministrativo)», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XXII, 1972, pp. 1-28. Sobre los orígenes y desarrollos de esta categoría cf. B. Sordi, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Giuffrè, Milano, 1985.

38. Esto no quiere decir que a todo deber corresponda un derecho. La existencia de derechos corresponde, como se ha dicho con las tesis T10.166-T10.168, solamente a los deberes de prestación o de no lesión cuya obediencia satisfaga específicos intereses de otros sujetos. Pero la distinción entre deberes positivos y deberes negativos no agota en absoluto la esfera de los deberes. Por ejemplo, al

deber de observancia de las normas sobre la producción de una decisión como condición de su validez o a la prohibición de estacionamiento automovilístico no corresponde ningún derecho subjetivo. Los derechos corresponden por lo tanto, según nuestras definiciones, sólo a los que he llamado «deberes positivos» (T10.170), definidos como obligaciones de prestaciones (D10.28), y «deberes negativos» (T10.171), definidos como prohibiciones de lesión (D10.29), o sea, a los deberes que entran a formar parte de relaciones jurídicas. En este sentido es exacta la tesis kelseniana —como tesis teórica a la que sin embargo, como se ha dicho varias veces y como todavía se verá en los §§ 10.19-10.20 y 12.13, pueden corresponder lagunas— según la cual «no se concibe un derecho subjetivo sin la correspondiente obligación, pero sí puede existir un deber jurídico sin que exista correlativamente un derecho subjetivo (en el sentido estricto de la palabra)» (H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., parte I, cap. VI, D, p. 99). Pero no es acertada la extensión de esta última tesis a los deberes que llamaré ‘relativos’ (D10.33), también formulada por Kelsen: «El hecho de que la norma obligue a alguien a conducirse de cierta manera *frente a otro*, no implica que este último tenga derecho a la conducta del primero, es decir, la facultad jurídica de exigirle el cumplimiento de su obligación» (*ibid.*, p. 90, cursiva mía). En este último caso no puede negarse la existencia, en correspondencia con la obligación de alguien de «conducirse de cierta manera frente a otro», del derecho subjetivo de ese «otro» sujeto a la misma prestación. En cuanto a la negación de ambas correlaciones entre derechos y deberes sostenida por Santi Romano, «Deberes. Obligaciones», en *Fragmentos de un diccionario jurídico*, cit., IV-V, pp. 60-70, se puede observar que mientras que es pacífica, como se ha dicho, la existencia de deberes a los que no corresponde ningún derecho, es insostenible la generalización de la tesis inversa, basada únicamente en la crítica como «tosca y barroca» de la concepción como relación jurídica de la relación entre (los sujetos titulares de) derechos *erga omnes* o absolutos, como son típicamente los derechos reales, y («todos los consociados» a quienes incumben) los correspondientes deberes *omnium* (o ‘universales’, como los llamaré en el próximo párrafo): resultaría desconocido el carácter de deberes (negativos), correlativos justamente a tales derechos, de la prohibición del *neminem laedere* y en general de las prohibiciones penales de los delitos contra las personas.

39. Es curioso que mientras que la distinción entre ‘absoluto’ y ‘relativo’, por lo demás indebidamente limitada a los derechos, es una distinción escolástica de la doctrina civilista, la de ‘universalidad’ y ‘singularidad’ —esencial, como veremos en el próximo capítulo, para distinguir entre derechos patrimoniales y derechos fundamentales— es sustancialmente ignorada. La distinción entre derechos absolutos y relativos fue formulada por B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, cit., § 41, p. 179: «Derechos absolutos son aquellos que tienen eficacia frente a todos, relativos aquellos que la tienen sólo frente a una sola persona o frente a un limitado número de personas». Cf. también sobre la distinción H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., Parte I, cap. VI, E, pp. 100-101; S. Romano, «Derechos absolutos», en *Fragmentos de un diccionario jurídico*, cit., pp. 87-102, que como se ha visto en la nota precedente niega (*ibid.*, pp. 91-95) la existencia, en correspondencia con tales derechos, de prohibiciones a cargo de todos: tesis ésta ampliamente criticada por F. Santoro-Passarelli, «Diritti soggettivi: a) diritti assoluti e relativi», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XII, 1964, pp. 748-755.

40. De «deberes inderogables de solidaridad política, económica y social» de los que la República «reclama el cumplimiento» habla sin embargo el artículo 2 de la Constitución italiana. Cf. sobre el significado de «solidaridad» en la Cons-

titución italiana y en otros ordenamientos europeos y sobre su relación con la «fraternidad» de la tríada de la Revolución francesa, G. Alpa, *Trattato di diritto civile*, cit., vol. I, cap. VI, pp. 604-616. Sobre la relación entre derechos y «caridad», cf. L. Lombardi Vallauri, *Amicizia, carità, diritto. L'esperienza giuridica nella tipologia delle esperienze di rapporto*, Giuffrè, Milano, 1969. Sobre la bien distinta categoría de la «solidaridad» —aquí identificada (en el § 3.4 y, más adelante, en los §§ 13.12 y 13.20) con la comunidad en los deberes correlativos a los derechos fundamentales— véanse los estudios de J. de Lucas, *El concepto de solidaridad*, Fontamara, México, 1993; Íd., «La polémica sobre los deberes de solidaridad»: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (septiembre-diciembre, 1994), 9-88. Cf. también K. Bayertz y M. Baurmann, *L'interesse e il dono. Questioni di solidarietà*, trad. it. de P. P. Portinaro, Edizioni di Comunità, Milano, 2002, y E. Resta, *Il diritto fraterno*, Laterza, Roma-Bari, 2003. Véanse, *infra*, las notas 66 del capítulo XIII y 95 del capítulo XIV.

41. Tal hipótesis —como he sostenido en «Note critiche ed autocritiche», cit., § 3.2, pp. 508-512 y luego en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., I, § 3 pp. 32-33 y II, § 3, pp. 154-155, replicando en ambos casos a M. Jori, «La cicala e la formica», en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 111-112, e Íd., «Ferrajoli sobre los derechos», en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 122 ss.— es insostenible, dado que se resolvería en la negación del concepto mismo de derechos fundamentales: que, si fueran alienables —no ya dictados por normas téticas heterónomas sino confiados a la autónoma disponibilidad de sus titulares—, una vez alienados dejarían de ser de todos, es decir, universales y por tanto fundamentales; con el consiguiente colapso, si fuesen alienables también los derechos de autonomía, de toda la economía de mercado en cuyo nombre viene planteada la hipótesis.

42. Sobre la configuración de la responsabilidad como situación jurídica véanse los autores citados en la nota 5 del capítulo VI. Esta configuración no impide que 'responsable', como se dirá en el § 10.18, pueda ser predicado también de un sujeto, del mismo modo que, como se ha visto en el § 3.3, 'imputable' e 'imputado' son usados como predicados tanto de los sujetos como de los actos y de las situaciones a ellos adscribibles. La literatura sobre la responsabilidad es inmensa. Me limito a señalar, sobre la responsabilidad civil, S. Rodotà, *Il problema della responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1964; F. D. Busnelli, «Nuove frontiere della responsabilità civile»: *Jus* (1976), 41 ss.; G. Visintini, *La responsabilità contrattuale*, Jovene, Napoli, 1979; A. Di Majo, «Responsabilità contrattuale», en *Digesto. IV Edizione*, cit., XVII, 1998, pp. 25-66, y, por la riqueza de información y de referencias históricas, jurisprudenciales y bibliográficas, G. Alpa, «La responsabilità civile», en Íd., *Trattato di diritto civile*, Giuffrè, Milano, vol. IV, 1999. Sobre la responsabilidad penal, véanse A. Ross, *Skyld, ansvar og straf*, trad. it., *Colpa, responsabilità e pena* [1970], Giuffrè, Milano, 1972; A. Fiorella, «Responsabilità penale», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XXXIX, 1988, pp. 1289-1340. Sobre las vicisitudes semánticas del término «responsabilidad» cf. M. A. Foddai, *Sulle tracce della responsabilità. Idee e norme dell'agire responsabile*, Giappichelli, Torino, 2005.

43. Véase el pasaje de Kelsen recordado *supra* en la nota 13 del capítulo IX.

44. La noción de sanción como «mal» o «desventaja» para quien la sufre, aunque sólo sea porque viene predisuelta como consecuencia de un ilícito, y por tanto la exclusión de su esfera de extensión de los «premios», de las ventajas o de los incentivos mediante los que igualmente puede ser orientada la conducta humana, procede, como es conocido, de J. Austin, *El objeto de la jurisprudencia*,

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, Lección I, p. 39. Sobre el carácter antiliberal de las concepciones de la sanción, en particular penal, como un bien en lugar de como un mal para quien la padece (en cuanto «medicina del alma», o «tratamiento terapéutico», o de cualquier modo instrumento de corrección), remito a mi *Derecho y razón*, cit., § 21, pp. 264-274.

45. Remito a *Derecho y razón*, cit., cap. VI.

46. He introducido y comentado la distinción entre garantías primarias y garantías secundarias en «Garantismo e poteri selvaggi»: *Teoria politica* XIV/3 (1998), 15 ss.; en «Garantías» [1999], trad. cast. de A. de Cabo y G. Pisarello, en *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2010, pp. 60-76; *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., I, § 2, p. 26 y § 6, pp. 45-52, y II, § 6, pp. 180-196. Conviene precisar que esta distinción, habiendo sido ligado el concepto de 'garantía primaria' únicamente a los derechos subjetivos (D10.39), no agota en absoluto todo el ámbito de las garantías, al menos de las consistentes en situaciones. Podemos en efecto encontrar garantías no adscribibles a ninguna de estas dos categorías. Piénsese en las prohibiciones penales no correspondientes a derechos subjetivos: las normas sobre la corrupción o sobre el peculado, por ejemplo, son sin duda, de acuerdo con la definición D3.5, garantías de la expectativa negativa a la no comisión de tales delitos; pero no son garantías primarias (D10.39), al no consistir tales expectativas en derechos subjetivos.

47. Se trata de la sentencia de la Corte Constitucional n.º 1 de 1956.

48. Recuérdese también, entre las normas sin sanción, aquella bastante singular establecida por el artículo 124 del Código de Procedimiento Penal: «Los magistrados, secretarios y los demás auxiliares del juez, los oficiales judiciales, los oficiales y agentes de policía judicial están obligados a observar las normas de este código incluso cuando la inobservancia no comporta nulidad u otra sanción procesal». Se trata de una norma (pleonástica) sin sanción que prescribe la observancia de otras normas sin sanción, por lo demás abundantes en los códigos de procedimiento; baste pensar, entre las normas de este tipo, en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, sistemáticamente ignorado, que establece que «el ministerio público [...] efectúa también constataciones sobre hechos y circunstancias a favor de la persona sometida a indagación».

49. Piénsese sin embargo en la expansión jurisprudencial —legitimada por el derecho establecido en el artículo 24 de la Constitución italiana de «actuar en juicio para la tutela de los propios derechos»— del recurso al artículo 700 del Código de Procedimiento Civil, que prevé la posibilidad de solicitar al juez medidas de urgencia contra la amenaza de «un daño inminente e irreparable» a un derecho subjetivo. Volveré en los §§ 13.18 y 13.19 sobre las posibles extensiones del control de constitucionalidad: desde la experiencia latinoamericana del *recurso de amparo* contra las leyes inválidas activado directamente por los titulares de los derechos lesionados, al poder de elevar la cuestión conferido a minorías parlamentarias o a un específico «defensor de la constitución», pasando por el control de inconstitucionalidad por omisión.

50. La distinción entre «normas primarias» y «normas secundarias», como es sabido, ha sido utilizada en la teoría del derecho con múltiples significados, distintos de los aquí propuestos. Para un análisis de los dos conceptos en relación sobre todo con las teorías de Kelsen y Hart, cf. G. Gavazzi, «Norme primarie e norme secondarie» [1967], ahora en *Studi di teoria del diritto*, cit., pp. 167-311; N. Bobbio, «Norme primarie e norme secondarie» [1968], en *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1970, pp. 175-197 (trad. cast. de A. Ruiz Miguel, en *Contribución a la teoría del Derecho*, Debate, Madrid, 1990, pp. 307-321); Íd., «Norma giuridica» [1964] y «Norme secondarie» [1975], aho-

ra en *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 230-232 y 233-243. Según Kelsen, que abandonará la distinción en la edición de su *Teoría pura* de 1960, dada la relación normativa «si A entonces B», donde A es el ilícito y B la sanción, es primaria la norma sobre la sanción («B está prescrito») y secundaria la que contiene el ilícito («A está prohibido») (*La teoría pura del derecho* [1934], trad. de J. T. Tejerina, Editoria Nacional, México, ²1974, p. 58); Íd., *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., parte I, cap IV, C, p. 71. A un orden de conceptos completamente distintos se refiere la distinción de Hart, para quien son «primarias» las normas que imponen obligaciones (o prohibiciones) y «secundarias» las que atribuyen poderes, tanto públicos como privados (*El concepto de derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963, pp. 99-123), y en las que terminan por entrar, además de las aquí denominadas secundarias y por él denominadas también «normas de adjudicación» (*ibid.*, pp. 120-121), todas las normas sobre la producción y en particular las «normas de reconocimiento» y las «normas de cambio». Análoga a la hartiana es la distinción propuesta por R. Guastini, para quien son «secundarias» todas las normas «que regulan la producción y la aplicación de otras normas» y «primarias» todas las demás, o sea, las normas «que regulan la conducta de los ciudadanos» (*Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffré, Milano, 1998, § 18.4, pp. 23-24 y § 28, p. 43).

51. Esta precisión es relevante, entre otras cosas, para el análisis de la dimensión sustancial de la legalidad. En el plano formal de su producción, en efecto, tanto los actos constitutivos como las decisiones están disciplinados por normas formales deónticas, en cuanto tales violables (por ejemplo, por un contrato de compraventa de inmuebles en forma no escrita o por la celebración de un matrimonio viciado por violencia o por incapacidad de entender y de consentir de uno de los cónyuges). En el plano sustancial, en cambio, sólo las decisiones pueden ser inválidas, o sea, sólo ellas pueden violar las normas sustantivas sobre su producción. No puede serlo en cambio un acto constitutivo como por ejemplo el matrimonio, cuyos efectos o significados son los pre-constituidos por las normas hipotético-constitutivas que los prevén.

52. Sobre el concepto de «control social» véanse A. K. Cohen, *Deviance and Control* [1966], trad. it., *Controllo sociale e comportamento deviante*, Il Mulino, Bologna, 1969; H. Hess, «Il controllo sociale: società e potere»: *Dei delitti e delle pene* 3 (1983), 499-524; A. Giasanti, *Controllo e ordine sociale*, Giuffré, Milano, 1984; S. Cohen, *Vision of Social Control*, Polity, Cambridge, 1985 (trad. cast. de E. Larrauri, *Visiones de control social: delitos, castigos y clasificaciones*, PPU, Barcelona, 1988); T. Pitch, «Che cos'è il controllo sociale», en O. De Leonardis, G. Gallio, D. Mauri y T. Pitch (eds.), *Curare e punire. Problemi e innovazioni nei rapporti tra psichiatria e giustizia penale*, Feltrinelli, Milano, 1989; D. Melossi, *The State of Social Control: A Sociological Study of Concepts of State and Social Control in the Making of Democracy*, Polity, Cambridge, 1990 (trad. cast. de M. Mur Ubasart, *El Estado del control social*, Siglo XXI, México, 1992); Íd., *Lezioni di sociologia del controllo sociale*, Clueb, Bologna, 1996.

53. El tema de las antinomias y de las lagunas constituye un objeto clásico de la teoría general del derecho y de la lógica jurídica. Me limito a recordar, sobre las antinomias, H. Kelsen, *Teoría pura del derecho* [1934], cit., § 31, h] pp. 120-126; Íd., *Teoría pura del derecho* [1960], cit, § 34, e], pp. 214-217 y § 35, j], pp. 273-282; Íd., «Derogation» [1962], trad. it., «La derogazione», en Íd., *La teoria politica del bolscevismo ed altri saggi*, Il Saggiatore, Milano, 1981, pp. 189-206; Íd., «Diritto e logica», en R. Guastini (ed.), *Problemi di teoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1980; Íd., *Teoría general de las normas*, Trillas, México, 1994, cap. XXIX, pp. 130-134 y cap. LVII, pp. 210-223; N. Bobbio, «Teoria

dell'ordinamento giuridico» [1960], ahora en *Teoria general del Derecho* cit., cap. III, pp. 189-220; Íd., «Sui criteri per risolvere le antinomie» [1967], en Íd., *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., pp. 95-118 (trad. cast. en *Contribución a la teoría del derecho*, cit., pp. 339-354); A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, ³1974, cap. IV, § 26, pp. 124-128; G. Gavazzi, «Delle antinomie» (1959), ahora en *Studi di teoria del diritto*, cit.; T. Mazzarese, «Antinomie» en *Digesto. IV Edizione*, cit., I, 1987, pp. 347-353, con amplia bibliografía. Sobre las lagunas véanse N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento*, cit., en *Teoria general del derecho*, cap. IV, cit., pp. 221-252; A. G. Conte, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, cit., con amplia bibliografía; Íd., «Completezza», en *Digesto. IV Edizione*, cit., III, 1988, pp. 138-141; N. Bobbio, «Lacune del diritto», en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., vol. IX, 1963, pp. 419-424; R. Guastini, «Lacune del diritto», en *Digesto IV Edizione*, cit., X, 1994, pp. 269-278.

54. T. Mazzarese, «Antinomia», cit., p. 348.

55. N. Bobbio, «Lacune del diritto», en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., vol. IX, 1963, p. 419. He advertido sobre el significado más restringido de la noción aquí adoptada de 'antinomias' y de 'lagunas' respecto de los usos corrientes desde la nota 19 de la Introducción.

56. En el derecho italiano, por ejemplo, todos estos criterios están codificados en las Disposiciones preliminares al Código Civil y son por tanto *principia iuris et in iure*. Concretamente, el criterio cronológico se halla establecido por el artículo 15: «Las leyes no se derogan sino por leyes posteriores mediante declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad entre las nuevas disposiciones y las precedentes o porque la nueva ley regula la entera materia ya regulada por la ley anterior». El criterio de especialidad aparece establecido en el artículo 14: las leyes «que hacen excepción a leyes generales o a otras leyes no se aplican fuera de los casos y tiempos en ellas considerados». En fin, el criterio de la analogía se establece en el artículo 12,2: «Si una controversia no puede ser decidida mediante una disposición precisa, se atenderá a las disposiciones que regulan casos similares o materias análogas; si el caso permanece todavía dudoso, se decide según los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado».

57. Es el artículo 101, apartado 2.º, de la Constitución. El fundamento del poder de los jueces para desaplicar las disposiciones administrativas ilegítimas se halla en el artículo 5 de la ley n.º 2248, de 20 de marzo de 1865, sobre la abolición del contencioso-administrativo: «Las autoridades judiciales aplicarán los actos administrativos y los reglamentos generales y locales, en cuanto sean conformes a las leyes».

58. Uso los términos «antinomias aparentes» y «antinomias reales» en el sentido en que son usados por Norberto Bobbio: «Llamo a las antinomias solubles *aparentes*; a las irresolubles *reales*» («Teoria dell'ordinamento giuridico», en *Teoria general del derecho*, Debate, Barcelona, 1991, p. 204). La diferencia es que Bobbio considera «solubles» también las antinomias resueltas con la aplicación del criterio jerárquico, que al contrario yo considero irresolubles para el intérprete y por tanto reales; mientras que considera «irresolubles» las antinomias donde ninguno o más de uno de los tres criterios resulta aplicable, y que en cambio yo considero solubles por el intérprete, si bien a veces por la «libertad del intérprete», como escribe Bobbio (*ibid.*, p. 210), y por tanto aparentes.

59. Es la tesis recientemente avanzada por Michelangelo Bovero, «Derechos, deberes, garantías», en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, ²2009, pp. 233-244. A propósito de la cuestión de las relaciones entre derechos y garantías y sobre las posibles lagunas de garantías, Bovero ha observado que cuando habla-

mos de deberes correspondientes a un derecho subjetivo hablamos en realidad de dos deberes distintos y conceptualmente diferentes: *a)* de un lado, el deber de satisfacer o de no lesionar el derecho (aquel que yo llamo ‘garantía primaria’) acompañado o no, para el caso de violación, del deber del juez de aplicar la sanción (aquel que yo llamo ‘garantía secundaria’); *b)* de otro, y aún antes, el deber de establecer los dos deberes del primer tipo (lo que, recuerda Bovero, yo llamo «obligación de obligar»). Los dos deberes del primer tipo pueden también faltar, en cuyo caso tendremos una laguna; pero en ese caso existirá de cualquier modo el deber del segundo tipo, que, escribe Bovero, es la norma de alguna manera *implícita* en el (o bien correspondiente al) derecho normativamente establecido. Bovero propone, para evitar confusiones y resolver la cuestión, utilizar dos términos distintos para designar los dos tipos de deberes: reservando sólo a los primeros el término «garantías» («primarias» y «secundarias») y llamando al segundo, que no es en absoluto una garantía (primaria) de no lesión o de satisfacción, «obligación jurídica imperfecta», o bien «obligación política» (*ibid.*, p. 242): la obligación precisamente de «obedecer a la constitución» (*ibid.*, p. 243). En un trabajo anterior, esta segunda obligación era denominada por Bovero «protección» («Tutela sovranazionale dei diritti fondamentali e cittadinanza», en T. Mazzaresse [ed.], *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 239 ss.). Comparto la tesis de Bovero, que sirve no sólo para resolver la cuestión teórica y clarificar analíticamente los términos sino también para iluminar la cuestión metateórica del estatuto y del papel de la ciencia jurídica, investida justamente, por la normatividad del derecho, de la competencia para evidenciar las lagunas. Mantengo sin embargo la terminología que he propuesto, llamando ‘garantías’, en razón de su definición generalísima formulada por la D 3.5, tanto a aquella que Bovero propone llamar «obligación imperfecta» o «política» y que yo llamo «garantía débil», como a las garantías primarias y secundarias que llamo «garantías fuertes».

XI

DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS PATRIMONIALES. ESFERA PÚBLICA Y ESFERA PRIVADA

11.1. *Los derechos fundamentales y la igualdad jurídica*

En el § 7.5 la distinción entre personas naturales y personas artificiales quedó asociada a una interpretación filosófico-política: si las personas naturales son constituyentes, o sea, artífices de las personas artificiales, y éstas son constituidas, o sea, artificios contruidos por aquéllas (T7.48), su relación se configura en términos funcionales, de manera que las primeras tienen el valor de fines y las segundas, incluso las de carácter público, ostentan el carácter de medios. Más tarde, en el § 8.12, he identificado esta relación funcional como la ‘razón social’ de las personas artificiales establecida en su estatuto por las personas naturales que las han instituido.

Esta configuración utilitarista y heteropoyética de la relación entre instituciones y sociedad, que como veremos en la parte cuarta se halla en la base de toda teoría jurídica de la democracia, puede ser ahora sostenida mediante el análisis del rasgo empírico más importante de los modernos estados constitucionales de derecho: la imputación a las personas físicas o *naturales*, realizada por esos estatutos de las instituciones estatales que son las constituciones (D12.22), de una categoría especial de situaciones jurídicas —los ‘*derechos fundamentales*’— a cuya tutela está ordenada, como su razón social específica, aquella particular persona *artificial* que es el Estado¹. Con esta imputación nace la figura moderna de la persona humana como sujeto de derechos iguales y universales, en oposición a las personas jurídicas o artificiales; a estas últimas, como se verá, no corresponden derechos fundamentales (T11.5) sino sólo situaciones singulares, y también funciones téticas institucionales (T10.80) como aquellas, propias de las modernas democracias constitucionales, de la tutela de los intereses generales o de todos que son precisamente los derechos fundamentales.

La definición de ‘derecho fundamental’ no es menos ardua y proble-

mática que la de 'derecho subjetivo'. En el léxico jurídico y político se ha ido acumulando una gran variedad de términos para designar, en el ámbito de las distintas disciplinas, este tipo de derechos: «derechos públicos» o «constitucionales» en la doctrina constitucionalista, «derechos personalísimos» o «de la personalidad» en la doctrina civilista, «derechos humanos» o «universales» en la internacionalista, «derechos de ciudadanía», «derechos civiles», «políticos» y «sociales» en la literatura sociológica y politológica, «derechos fundamentales» en la teoría del derecho y en la filosofía política, «derechos morales», «naturales» o «inviolables» en las filosofías iusnaturalistas del derecho y en las teorías de la justicia². Además, y sobre todo, a cada uno de estos términos corresponden muy a menudo en el uso corriente distintos significados que hacen referencia a elementos heterogéneos: como los valores y los principios axiológicos de los que son expresión, los concretos intereses o necesidades que tutelan, o el rango, por lo común constitucional, de su fuente de reconocimiento. De aquí ha resultado una categoría en la que se muestran inciertos tanto los rasgos distintivos con respecto a otros derechos subjetivos como los criterios de diferenciación y de clasificación tipológica.

La definición aquí propuesta será una definición «formal», como son por lo demás todas las definiciones de la teoría. Nos dirá *qué son* los derechos fundamentales, o mejor, qué convenimos en entender con esta expresión, y no por cierto *cuáles son* tales derechos ni qué clases de sujetos son sus titulares. Estas últimas son cuestiones que dependen del derecho positivo, a las que por tanto sólo puede responder la dogmática de cada ordenamiento jurídico particular, y no ciertamente una teoría del derecho de orientación no iusnaturalista sino positivista: cada ordenamiento, en efecto, puede contener catálogos más o menos amplios de derechos fundamentales o incluso no contener ninguno. Tampoco puede decirnos nuestra definición *cuáles son de hecho* los derechos efectivamente tutelados como fundamentales en un determinado ordenamiento, ni cuáles las vicisitudes que han conducido a su afirmación: algo que representa ante todo una tarea de la investigación empírica, y más precisamente, de la sociología jurídica y de la historiografía del derecho. Y en fin, menos aún nos dirá nuestra definición *cuáles deben ser* (cuáles es justo que sean) los derechos fundamentales, y cuál debe o debería ser (es justo o sería justo que fuese) la amplitud o el círculo de sujetos titulares de los mismos: éstas son en cambio cuestiones de filosofía moral, política o de la justicia, que dependen de los valores ético-políticos que asumamos como su fundamento axiológico y que no presentan la más mínima implicación desde la perspectiva de la definición teórica. Lo que la teoría del derecho puede hacer es tan sólo estipular una definición del concepto de 'derechos fundamentales' que sea lo más clara y precisa posible. En otras palabras, esa definición puede identificar los rasgos formales y estructurales merced a los que son (o es justo que sean) tuteladas aquellas expectativas y aquellos intereses que el derecho positivo reconoce y establece como fundamentales³.

El primero de estos rasgos es el carácter universal de la imputación de tales derechos: entendido ‘universal’ en el sentido lógico y avalorativo, expresado en la definición D10.30, de la cualificación universal de la clase, de cualquier modo determinada, de los sujetos que son sus titulares. Contrariamente a los derechos patrimoniales, que como veremos corresponden a sus titulares con exclusión de todos los demás, los derechos fundamentales se atribuyen a clases de sujetos, todos los cuales son titulares en igual forma y medida. En esta universalidad consiste la moderna igualdad jurídica en tanto igualdad *en droits*.

Con todo, esta «universalidad», lo mismo que la igualdad que en ella reposa, es una universalidad relativa a los estatus en referencia a los que se predica, y es por esto más o menos extensa según cuál sea la extensión de las clases de sujetos que comprenda. En efecto, no todos los derechos fundamentales corresponden a todos los seres humanos y no todos los seres humanos son titulares de los mismos derechos fundamentales. Como se precisará en el § 11.3, los únicos derechos que corresponden indistintamente a «todos» los seres humanos son los que, precisamente, llamaré ‘humanos’ y que son hoy, en todos los ordenamientos avanzados, el derecho a la vida y las libertades fundamentales, el *habeas corpus* y las demás garantías penales y procesales. Pero hay también derechos fundamentales, como el derecho-potestad a disponer con autonomía de los propios bienes, que corresponden sólo a las personas con capacidad de obrar; y también otros, como los derechos políticos, algunos derechos sociales y el derecho de acceso y libre circulación por el territorio nacional, que por lo común corresponden únicamente a los ciudadanos. De ahí el segundo rasgo distintivo de los derechos fundamentales: su referencia extensional a los estatus personales que constituyen su presupuesto y que denotan otras tantas clases de personas en relación con las cuales es predicable la universalidad de todos los distintos tipos de derechos fundamentales. Estos estatus, en nuestra experiencia jurídica, son esencialmente tres: la personalidad, o sea, el estatus de ‘persona natural’ (o ‘física’); la ciudadanía, o sea, el estatus de ‘persona-ciudadano’; la capacidad de obrar, esto es, el estatus de ‘persona capaz de obrar’.

Así pues, denominaré ‘derechos fundamentales’ a todos aquellos derechos que corresponden universalmente a «todos» en cuanto ‘personas naturales’, en cuanto ‘ciudadanos’, en cuanto personas naturales ‘capaces de obrar’ o en cuanto ‘ciudadanos capaces de obrar’.

D11.1 *Los ‘derechos fundamentales’ son los derechos de los que todos son titulares en cuanto personas naturales, o en cuanto ciudadanos, o bien, si se trata de derechos-potestad, en cuanto capaces de obrar o en cuanto ciudadanos capaces de obrar.*

$$(y)(\text{DFO}y \equiv ((\text{DIR}y \cdot ((z)(\text{TIT}zy \cdot \text{PNA}z) \vee (z)(\text{TIT}zy \cdot \text{CIT}z))) \vee (\text{DIP}y \cdot ((z)(\text{TIT}zy \cdot \text{CAA}z) \vee (z)(\text{TIT}zy \cdot \text{CIT}z \cdot \text{CAA}z))))))$$

Esta definición enuncia dos principios esenciales al estado democrático de derecho que se corresponden con otras tantas características asociadas a los derechos fundamentales. El primero de esos principios es que los derechos fundamentales son derechos subjetivos (T11.1), o sea, intereses jurídicamente protegidos en forma de expectativas positivas o negativas (T11.2) pertenecientes *sólo* a las personas naturales (T11.3, T11.4), y no también a las artificiales (T11.5)⁴: estas últimas si acaso no son más que un instrumento para su tutela, como sujetos no autónomos sino heterónomos, no constituyentes sino siempre constituidos. Adviértase que no vale la tesis inversa, según la cual las personas naturales serían —sólo en cuanto tales, es decir, independientemente de las normas de derecho positivo— titulares de derechos fundamentales. Ésta sería una tesis iusnaturalista⁵, excluida en esta teoría por la propia caracterización de los derechos fundamentales como derechos subjetivos previstos por normas de derecho positivo (T10.129). En efecto, todos los derechos subjetivos son por definición situaciones pasivas consistentes en expectativas (D10.20, T10.117) en cuanto tales no constituyentes (P14, T6.76) sino siempre, al igual que las obligaciones y prohibiciones correspondientes a los otros sujetos (T3.28, T3.29, T6.77), constituidas, es decir, producto de contingentes actos jurídicos (T6.80-T6.81, T10.127-T10.128). De aquí se deriva, como se ha dicho en el § 10.11, que fuera del ordenamiento positivo, en un hipotético estado de naturaleza, no son concebibles expectativas, ni puede por tanto hablarse de derechos, fundamentales o no. En suma, no «existen» derechos «naturales» o prejurídicos: también los derechos fundamentales son siempre situaciones no constituyentes sino positivas, o sea, producidas por actos (T11.6-T11.7) y precisamente, como veremos, por fuentes normativas⁶.

T11.1 (y)(DFOy \rightarrow DIRy)	D11.1, T10.143
T11.2 (y)(DFOy \rightarrow M(\exists x)((INTyx \cdot ASPyx \cdot PRTxy) v (INTy \perp x \cdot ASPy \perp x \cdot LESxy)))	T11.1, T10.115
T11.3 (y)(DFOy \rightarrow (\exists z)(PNAz \cdot TITzy))	D11.1, D7.17, T7.44
T11.4 (z)(y)((TITzy \cdot DFOy) \rightarrow PNAz)	D11.1, D7.17, T7.44
T11.5 (z)(PARz \rightarrow \neg (\exists y)(DFOy \cdot TITzy))	T11.4, T7.17
T11.6 (y)(DFOy \rightarrow (SITy \cdot \neg COSy))	T11.1, T10.127
T11.7 (y)(DFOy \rightarrow (\exists x)(EFFyx \cdot ATTx))	T11.1, T10.128

El segundo principio presente en nuestra definición es el ya indicado —y mucho más importante— de que los derechos fundamentales son derechos ‘*universales*’ (T11.8), es decir, pertenecientes a todos en condiciones de *igualdad* (T11.9). De donde se desprende una connotación universalista de su contenido utilitarista: tales derechos son intereses jurídicamente protegidos como intereses de todos y tienen por ello el valor de intereses generales. Su universalidad y, consiguientemente, la igualdad que sobre ellos reposa tienen por otro lado un carácter puramente lógico, no resultando determinada ni la naturaleza de tales intereses ni la extensión de las clases de los sujetos reconocidos en los distintos

ordenamientos como personas naturales y/o como ciudadanos y/o como capaces de obrar. Asumiendo como objeto de la igualdad la clase de los seres humanos, hablaremos por tanto de igualdad jurídica absoluta sólo para referirnos a los (contenidos de los) derechos asociados al estatus de persona natural, independientemente de la condición de ciudadano o de capaz de obrar (T11.10), y de igualdad relativa en referencia a los (contenidos de los) derechos asociados en cambio a la ciudadanía y/o a la capacidad de obrar (T11.11, T11.12). Es evidente que además son también fundamentales todos los derechos pertenecientes a las clases de las personas naturales, o de los ciudadanos y/o de los capaces de obrar en presencia de particulares y contingentes condiciones de estatus, jurídico o no, de las que todos virtualmente podemos ser titulares: como la condición de trabajador dependiente, de enfermo, de incapacitado para el trabajo, de empresario mercantil, de cónyuge, de imputado u otras similares (T11.13).

T11.8 (y)(DFOy \rightarrow (DIRy \cdot UNly))

D11.1, T10.143, D10.30, D7.17, T7.44, T10.141, D7.5, T7.10

T11.9 (y)(DFOy \rightarrow ((DIRy \cdot ((z)(TITzy \equiv PNAz) \vee (z)(TITzy \equiv CITz))) \vee (DIPy \cdot ((z)(TITzy \equiv CAAz) \vee (z)(TITzy \equiv CITz \cdot CAAz)))))

D11.1, D7.17, T7.44, T11.1

T11.10 (y)((DFOy \cdot \neg (z)((CITz \rightarrow TITzy) \vee (CAAz \rightarrow TITzy))) \rightarrow (DIRy \cdot (z)(PNAz \rightarrow TITzy))) T11.9

T11.11 (y)((DFOy \cdot \neg (z)(PNAz \rightarrow TITzy)) \rightarrow (DIRy \cdot (z)((CITz \rightarrow TITzy) \vee (CAAz \rightarrow TITzy))) T11.9, T11.1

T11.12 (y)((DFOy \cdot \neg (z)((PNAz \rightarrow TITzy) \vee (CAAz \rightarrow TITzy))) \rightarrow (DIRy \cdot (z)((CITz \cdot CAAz) \rightarrow TITzy))) T11.9, T11.1

T11.13. (y)((DIRy \cdot ((z)(TITzy \cdot (\exists w)STAwz \cdot PNAz) \vee (z)(TITz \cdot (\exists w)STAwz \cdot CITz))) \vee (DIPy \cdot ((z)(TITzy \cdot (\exists w)STAwz \cdot CAAz) \vee (z)(TITzy \cdot (\exists w)STAwz \cdot CITz \cdot CAAz)))) \rightarrow DFOy) D11.1

Así pues, es sólo su forma universal —y no ya el valor de las necesidades y de los intereses protegidos, que constituye si acaso su fundamento axiológico, ni tampoco el eventual rango constitucional, que es tan sólo una técnica de protección⁷— el rasgo distintivo de los derechos fundamentales con respecto a todos los demás derechos subjetivos y, en particular, de los que llamaré ‘patrimoniales’: estos últimos, como se verá en el § 11.7, son en cambio singulares (T11.81), en el sentido de que pertenecen a singulares y determinados sujetos con exclusión de todos los demás. De donde deriva una específica forma de garantía: siendo universales (*omnium*), los derechos fundamentales se hallan garantizados por deberes absolutos (*erga omnes*) (T.11.14, T10.222, T10.223), ya sean a su vez universales, esto es, dirigidos a todos —como la prohibición de matar, garantía del derecho a la vida—, ya singulares, es decir, dirigidos a determinados sujetos públicos, como la obligación de la asistencia sanitaria que es garantía del derecho a la salud, o la obligación de prestar tutela judicial como garantía primaria del derecho a la

jurisdicción y como garantía secundaria de los derechos accionados en juicio. A lo que se añade que los derechos fundamentales, propiamente porque conferidos en el interés de *todos* en cuanto personas y/o ciudadanos y/o capaces de obrar (T11.15), postulan para su garantía funciones de carácter público, y constituyen por tanto la base y al propio tiempo la justificación de lo que al final de este capítulo llamaré la *esfera pública* —destinada justamente a la tutela y a la satisfacción de los intereses generales o de todos (D11.36)— en oposición a las *esferas privadas*, formadas en cambio por los derechos patrimoniales y por los demás intereses particulares y exclusivos de los individuos (D11.37).

T11.14 $(y')(x)((DFOy' \cdot (DNEy'x \vee DPOy'x)) \rightarrow (\exists y'')(GAPy''y' \cdot (DONy''x \vee DOPy''x) \cdot ASSy''))$ T11.8, T10.222, T10.223
 T11.15 $(y)(DFOy \rightarrow (z)(INTy \cdot UNly \cdot TITzy \cdot (PNAz \vee CITz \vee CAAz \vee (CITz \cdot CAAz))))$ D11.1, D7.17, T7.44, T11.8, T10.145

De esta manera, se ha estipulado una definición de los derechos fundamentales que es formal en un doble sentido: en el sentido de que nada dice sobre el contenido de tales derechos, o sea, sobre la naturaleza de los comportamientos que representan el objeto de las expectativas positivas o negativas en que consisten; y en el sentido de que nada dice sobre la concreta extensión de las clases de sujetos identificados, en los distintos ordenamientos, por el estatus de persona, de ciudadano o de capaz de obrar, como titulares de los respectivos tipos de derechos. De aquí se deduce, entre otras, una consecuencia de gran relevancia teórica: decir que los derechos fundamentales son universales equivale a decir que son situaciones generales, o sea, que consisten en reglas (T11.16), y precisamente en normas o situaciones normativas (T11.17, T11.18) e, incluso más exactamente, en normas adscriptivas (T11.19) y tético-deónticas (T11.20). Diremos por tanto que los derechos fundamentales no suponen normas sino que *son* ellos mismos normas⁸.

T11.16 $(y)(DFOy \rightarrow REGy)$ T11.8, T10.117, T10.192
 T11.17 $(y)(DFOy \rightarrow NORy)$ T11.16, T11.1, T10.127, T6.45, D8.1
 T11.18 $(y)(DFOy \rightarrow (SITy \cdot NORy))$ T11.17, T11.1, T10.127
 T11.19 $(y)(DFOy \rightarrow NASy)$ T11.18, D8.7
 T11.20 $(y)(DFOy \rightarrow (NTEy \cdot NDEy))$ T11.18, T8.22, T8.27

Este carácter «formal» de nuestra definición no impide sin embargo que resulte suficiente para identificar, en la forma precisamente universal de los derechos fundamentales, la única técnica normativa en condiciones de garantizar la igualdad jurídica y, al mismo tiempo, la que en la parte cuarta llamaré la dimensión ‘sustancial’ del estado de derecho y de la democracia. En efecto, la universalidad de tales derechos expresada por la cuantificación universal de los (tipos de) sujetos que son sus titulares viene a configurarse como un rasgo estructural que, según se verá más adelante, implica el carácter inalienable e indisponible de los inte-

reses sustanciales en que aquéllos consisten. De hecho, en la experiencia histórica del constitucionalismo, tales intereses coinciden —contingentemente en el plano teórico, pero en absoluto contingentemente en el plano histórico y político— con las libertades y con las otras necesidades fundamentales de cuya garantía dependen la vida, la supervivencia, la igualdad y la dignidad de los seres humanos. Pero tal garantía se realiza precisamente a través de la forma universal que proviene de su estipulación como derechos fundamentales en normas generalmente constitucionales y por ello supraordenadas a cualquier poder decisonal: si son normativamente de «todos» (los miembros de una cierta clase de sujetos jurídicos), estos derechos no son alienables o negociables sino dejando de serlo. Se corresponden, por así decirlo, con prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y, merced a su rango por lo común constitucional, con otros tantos vínculos y límites que pesan sobre todos los poderes, tanto públicos como privados.

Ciertamente, como ya se ha dicho, esta universalidad no es absoluta, sino relativa a las clases de sujetos delimitadas por la identidad de ‘persona’ y/o de ‘ciudadano’ y/o de ‘capaz de obrar’, que han sido objeto a lo largo de la historia de las más variadas limitaciones y discriminaciones. El «todos» de quienes tales derechos permiten predicar la igualdad es lógicamente relativo a las clases de sujetos cuya titularidad está normativamente reconocida: es un «todos» históricamente marcado por las diferencias de estatus que de distintas maneras incluyen o excluyen de la personalidad, de la ciudadanía o de la capacidad de obrar, a clases más o menos amplias de seres humanos. Dependerá pues de la extensión de tales clases, o sea, de la supresión o reducción de las diferencias y de las discriminaciones de estatus que determinan aquéllas, y, obviamente, de la cualidad y de la cantidad de los intereses protegidos como derechos fundamentales, el grado de democracia y la calidad democrática del ordenamiento caracterizado por su garantía.

Es esta relatividad lógica e histórica de la igualdad en los derechos fundamentales —en cuanto a las clases de los sujetos que son sus titulares y en cuanto a la naturaleza de los intereses que forman el contenido de los mismos— lo que procede analizar ahora. Con tal fin propondré tres tipologías de derechos fundamentales, todas puramente formales: la primera sobre la base de los sujetos que son sus titulares (§§ 11.2-11.3); la segunda sobre la base de su estructura objetiva o composición atómica (§ 11.4); la tercera, que es la más importante, sobre la base del entrecruzamiento de las dos anteriores (§ 11.5). Será después, en la cuarta parte, cuando identificaré, a través de las garantías constitucionales de los cuatro tipos de derechos fundamentales obtenidos de esta tercera tipología, otras tantas condiciones y dimensiones de la democracia.

11.2. *Derechos de la persona y derechos del ciudadano.* *Derechos primarios y derechos secundarios*

En la época premoderna la igualdad jurídica de los seres humanos estaba excluida por múltiples discriminaciones —de sexo, clase, nacionalidad y religión— relativas a sus *estatus jurídicos*. Hoy la ‘ciudadanía’ y la ‘capacidad de obrar’ se mantienen como las únicas diferencias de estatus que todavía delimitan la igualdad en derechos de los seres humanos, reconocidos todos como ‘personas’. Y pueden por tanto ser consideradas como los dos parámetros —el uno superable, el otro insuperable— sobre los que cabe establecer dos grandes divisiones entre los derechos fundamentales: la que diferencia entre *derechos de la persona* y *derechos del ciudadano*, según pertenezcan a todos o sólo a los ciudadanos, y la que lo hace entre *derechos primarios* (o *sustanciales*) y *derechos secundarios* (o *instrumentales*), según correspondan a todos o sólo a las personas con capacidad de obrar.

La primera gran división es la expresada en la clásica endíadis con que se intitula la *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* de 26 de agosto de 1789. De acuerdo con ella los derechos fundamentales se dividen en dos grandes clases: los ‘*derechos de la persona*’ (o personalísimos, o de la personalidad), y los ‘*derechos del ciudadano*’ (o ‘*cívicos*’, o ‘*de ciudadanía*’). Entre estas dos categorías no hay ninguna diferencia de estructura. Su diferencia viene determinada únicamente por el derecho vigente: el derecho a la subsistencia de quien se halla en estado de necesidad, por ejemplo, es atribuido por la Constitución italiana sólo a los ciudadanos (art. 38) y en la Constitución danesa a todas las personas (art. 75, 2); los derechos de reunión y de asociación se confieren sólo a los ciudadanos por la Constitución italiana (arts. 17 y 18), por la belga (arts. 19 y 20) y por la Ley fundamental alemana (arts. 8 y 9) y a todos por la Constitución española (arts. 21 y 22). Pero nada impide extender a todos en cuanto personas los derechos hoy reconocidos sólo a los ciudadanos.

D11.2 ‘*Derechos de la persona*’ son los derechos de los que son titulares todos en cuanto personas naturales, y, si se trata de derechos-potestad, en cuanto además capaces de obrar.

(y)(DDPy \equiv ((DIRy · (z)(TITzy · PNAz)) v (DIPy · (z)(TITzy · CAAz))))

D11.3 ‘*Derechos del ciudadano*’ son los derechos de los que son titulares todos en cuanto ciudadanos y, si se trata de derechos-potestad, en cuanto además capaces de obrar.

(y)(DDCy \equiv ((DIRy · (z)(TITzy · CITz)) v (DIPy · (z)(TITzy · CITz · CAAz))))

La segunda división —acaso todavía más importante, aunque no desarrollada generalmente por la doctrina— se funda en el carácter de

‘derechos-poder’ de todos los derechos de autonomía que son actuados mediante actos preceptivos productores de efectos incluso en la esfera de los demás y que por ello exigen la capacidad de obrar de sus titulares. A partir de esta diferencia de estructura, convenimos en llamar ‘derechos primarios’, o ‘sustanciales’ o ‘finales’ a todos los derechos pertenecientes a todas las personas o a todos los ciudadanos en cuanto tales, y ‘derechos secundarios’, o ‘formales’, o ‘instrumentales’ o ‘de autodeterminación’¹⁰ a todos los derechos-potestad que, consistiendo en el poder de realizar actos preceptivos, pertenecen solamente a todas las personas o a todos los ciudadanos que, en cuanto dotados de capacidad de obrar, se hallan en condiciones de realizar tales actos.

D11.4 *‘Derechos primarios’ son los derechos cuya titularidad corresponde a todos en cuanto personas naturales o en cuanto ciudadanos.*

$(y)(\text{DPRy} \equiv (\text{DIRy} \cdot ((z)(\text{TITzy} \cdot \text{PNAz}) \vee (z)(\text{TITzy} \cdot \text{CITz}))))$

D11.5 *‘Derechos secundarios’ son los derechos-potestad de los que son titulares todos en cuanto personas naturales o ciudadanos con capacidad de obrar.*

$(y)(\text{DSEy} \equiv (\text{DIPy} \cdot ((z)(\text{TITzy} \cdot \text{PNAz} \cdot \text{CAAz}) \vee (z)(\text{TITzy} \cdot \text{CITz} \cdot \text{CAAz}))))$

Como resulta fácil demostrar, las dos distinciones equivalen a otras tantas clasificaciones exhaustivas de los derechos fundamentales (T11.21, T11.22), que según veremos pueden ser entrelazadas dando lugar a una tipología más analítica, según el cuadro representado en el próximo párrafo. No es superfluo precisar que también estas definiciones y las tipologías que de ellas derivan tienen un carácter formal, lo mismo que la definición de ‘derechos fundamentales’. En efecto, tampoco nos dicen qué derechos fundamentales son ‘de la persona’ y cuáles ‘del ciudadano’, ni cuáles son ‘primarios’ y cuáles ‘secundarios’: lo que depende del derecho positivo de los distintos ordenamientos y de la diferente extensión en ellos asociada a los estatus de ‘persona’, de ‘ciudadano’ y de ‘capaz de obrar’, aquí definidos en términos sólo formales. Nuestras cuatro definiciones nos dicen solamente qué debemos entender con tales expresiones. De hecho, por ejemplo, el derecho a la vida y los derechos de libertad son siempre derechos de la persona y no tan sólo de los ciudadanos; pero esto únicamente porque así está establecido en todos los ordenamientos avanzados. Pero, como se ha visto, hay derechos que en algunos ordenamientos son de la persona y en otros lo son del ciudadano. Por ello los ejemplos que sirvan para ilustrar las diversas tipologías de derechos fundamentales no representan tesis teóricas, sino tesis empíricas referidas al derecho positivo de la mayor parte de los ordenamientos y, en particular, del ordenamiento italiano.

T11.21 $(y)(\text{DFOy} \equiv (\text{DDPy} \vee \text{DDCy}))$

D11.1, D11.2, D11.3

T11.22 $(y)(\text{DFOy} \equiv (\text{DPRy} \vee \text{DSEy}))$

D11.1, D11.4, D11.5, T7.44

Pero vayamos al análisis de nuestras dos distinciones. La primera se refiere únicamente a los sujetos de los derechos fundamentales: los *derechos de la persona* son los que pertenecen a todas las personas naturales porque son personas naturales y nada más que por eso, como ocurre en todos los ordenamientos avanzados con el derecho a la vida o con los derechos de libertad, o bien porque gozan de capacidad de obrar y nada más que por eso, como el derecho a contratar, a contraer matrimonio o a actuar en juicio (T11.23-T11.25); los *derechos del ciudadano* en cambio son los que pertenecen a todos los ciudadanos porque son ciudadanos y sólo por serlo, como el derecho a permanecer y circular libremente en el territorio del Estado, o bien porque ostentan además capacidad de obrar y sólo por eso, como el derecho de voto o el de acceder a cargos públicos (T11.26-T11.28). Pero hay que añadir de inmediato que, de hecho (si no incluso de derecho), también los derechos de la persona se hallan vinculados en gran parte a la ciudadanía, siendo negados a los no ciudadanos por la prohibición de acceso al territorio del Estado.

T11.23	(y)(DDPy \rightarrow ((DIRy \cdot (z)(TITzy \equiv PNAz) \vee (DIPy \cdot (z)(TITzy \equiv CAAz))))))	D11.2, T7.44, T10.188, T7.15, T7.10, T11.1
T11.24	(z)(y)((TITzy \cdot DDPy) \rightarrow PNAz)	T11.23, T7.44
T11.25	(y)(DDPy \rightarrow (z)((PNAz \cdot CAAz) \rightarrow TITzy))	T11.23
T11.26	(y)(DDCy \rightarrow ((DIRy \cdot (z)(TITzy \equiv CITz)) \vee (DIPy \cdot (z)(TITzy \equiv CITz \cdot CAAz))))))	D11.3, T10.188, T7.15, T7.10, T11.1
T11.27	(z)(y)((TITzy \cdot DDCy) \rightarrow CITz)	T11.26, D7.17
T11.28	(y)(DDCy \rightarrow (z)((CITz \cdot CAAz) \rightarrow TITzy))	T11.26

La segunda distinción atiende asimismo a los sujetos titulares de los derechos, pero se halla también conectada, tomando en consideración el presupuesto de la capacidad de obrar, a su carácter o no de derechos-poder y por tanto también a su contenido: los *derechos primarios*, teniendo de ordinario por contenido necesidades o intereses *sustanciales* reconocidos como vitales, son los que pertenecen a todas las personas o sólo a los ciudadanos en su estricta condición de tales (T11.29-T11.31), con independencia de su capacidad de obrar: como el derecho a la vida y a la integridad personal, los derechos de libertad, los derechos sociales a la salud, a la subsistencia, a la educación y similares; los *derechos secundarios*, teniendo por contenido las potestades de hacer, o sea, los poderes de autodeterminación *instrumentales* para la consecución de fines confiados a la autonomía privada o política de sus titulares, son en cambio los que corresponden a las personas o a los ciudadanos sólo en la medida en que ostenten capacidad de obrar (T11.32-T11.34): como los derechos a contratar, votar, actuar personalmente en juicio, acceder a cargos públicos y otros similares.

T11.29	(y)(DPRy \rightarrow (DIRy \cdot ((z)(TITzy \equiv PNAz) \vee (z)(TITzy \equiv CITz))))	D11.4, D7.17, T10.188, T7.15, T7.10, T11.1
--------	---	--

T11.30 (z)(y)((TITzy · DPRy) → (PNAz ∨ CITz))	T11.29
T11.31 (y)(DPRy → (z)((PNAz · CITz) → TITzy))	T11.29
T11.32 (y)(DSEy → (DIPy · ((z)(TITzy ≡ (PNAz · CAAz) ∨ (z)(TITzy ≡ (CITz · CAAz))))))	D11.4, T10.188, T7.15, T7.10, T11.1
T11.33 (z)(y)((TITzy · DSEy) → ((PNAz ∨ CITz) · CAAz))	T11.32
T11.34 (y)(DSEy → (z)((PNAz · CITz · CAAz) → TITzy))	T11.32

De manera que, según los distintos estatus de personas, de ciudadanos y/o de capaces de obrar, los individuos son titulares de clases más o menos amplias de derechos fundamentales. Mientras que los derechos pertenecientes a todas las *personas naturales*, que en el próximo párrafo llamaré ‘humanos’ (D11.6), son sólo los derechos primarios de la persona (T11.35), y los derechos que corresponden a todos en cuanto *ciudadanos*, que llamaré ‘públicos’ (D11.7), son además los derechos primarios del ciudadano (T11.36), los que pertenecen a todos en cuanto *capaces de obrar*, que llamaré ‘civiles’ (D11.8), son los derechos secundarios de la persona (T11.37), y los propios de los *ciudadanos capaces de obrar*, que llamaré ‘políticos’ (D.11.9), los derechos secundarios del ciudadano (T11.38), completando así el cuadro de los derechos fundamentales (T11.12).

T11.35 (y)((DIRy · (z)(TITzy · PNAz)) → (DPRy · DDPy))	D11.2, D11.4
T11.36 (y)((DIRy · (z)(TITzy · CITz)) → (DPRy · DDCy))	D11.3, D11.5
T11.37 (y)((DIPy · (z)(TITzy · CAAz)) → (DSEy · DDPy))	D11.2, D11.3
T11.38 (y)((DIRy · (z)(TITzy · CITz · CAAz)) → (DSEy · DDCy))	D11.3, D11.4

En suma, *sólo algunos derechos* fundamentales, los primarios de la persona, pertenecen a *todas las personas naturales* (T11.10, T11.35); y *sólo a algunas personas*, las que al propio tiempo son capaces de obrar y ciudadanos, pertenecen *todos los derechos* fundamentales (T11.12, T11.38). La cantidad de derechos fundamentales es inversamente proporcional a la extensión de la clase de los sujetos que aparecen como sus titulares. Concretamente, si asociamos a la noción formal de «universalidad» enunciada en la definición D10.30 una interpretación sustancial referida a todos los seres humanos, diremos que sólo los derechos del primer tipo, aquellos que luego llamaré «humanos», son en ese sentido plenamente universales, mientras que todos los demás son universales sólo en relación con la clase de los ciudadanos y/o de los capaces de obrar: los derechos primarios del ciudadano en relación con la clase de los ciudadanos, los derechos secundarios de la persona en relación con la clase de los capaces de obrar, y los secundarios de los ciudadanos en relación con la clase de los ciudadanos capaces de obrar.

‘Personalidad’, ‘ciudadanía’ y ‘capacidad de obrar’, en cuanto condiciones de la igual titularidad de todos los derechos fundamentales, son consecuentemente los parámetros tanto de la igualdad como de la desigualdad *en droits fondamentaux*. Prueba de ello es el hecho de que sus presupuestos pueden ser —e históricamente han sido— más o menos

extensos: restringidísimos en el pasado, cuando por razones de sexo, nacimiento, renta, instrucción o nacionalidad estaban excluidas la mayor parte de las personas físicas, se han ido progresivamente ampliando pero sin alcanzar ni siquiera hoy, al menos por lo que se refiere a la ciudadanía y a la capacidad de obrar, una extensión universal que incluya a todos los seres humanos. Es por tanto de su grado de extensión de lo que depende el grado (de extensión) de la igualdad de las personas o, si se prefiere, de la universalidad de los derechos.

Esto quiere decir que las definiciones y las tipologías de los ‘derechos fundamentales’ aquí elaboradas tienen un valor teórico —gracias a su carácter formal— por completo independiente de la actual fase de desarrollo de los derechos e incluso de la experiencia constitucional moderna. En efecto, cualquiera que sea el ordenamiento considerado son «derechos fundamentales», según el criterio de cada uno de esos ordenamientos, todos y sólo aquellos atribuidos universalmente a clases de sujetos en todo caso determinadas por la identidad de ‘persona’, de ‘ciudadano’ o de ‘capaz de obrar’. En este sentido, al menos en Occidente, derechos fundamentales —humanos, civiles y políticos— han existido siempre, desde el derecho romano, aunque la mayor parte limitados a clases muy restringidas de sujetos¹¹. Pero siempre han estado presentes estas tres identidades —de persona, de ciudadano y de capaz de obrar— proporcionando, bien que con la extraordinaria variedad de discriminaciones de sexo, etnia, religión, renta, clase, instrucción y nacionalidad con que en ocasiones han sido definidos, los parámetros tanto de la inclusión como de la exclusión jurídica de los seres humanos y por ello mismo de su igualdad y de su desigualdad *en droits*.

Ha ocurrido así que en el mundo antiguo las desigualdades se manifestaron sobre todo mediante la negación de la propia identidad de persona —a los esclavos, concebidos como cosas— y sólo secundariamente, con las múltiples inhabilitaciones impuestas a las mujeres, los herejes, los apóstatas, los judíos, etc., a través de la negación de la capacidad de obrar o de la ciudadanía. Más tarde, y asentado el valor de la persona humana, las desigualdades han sido defendidas sólo de manera excepcional con la negación de la identidad de persona y de la capacidad jurídica —pensemos en la población indígena, víctima de las primeras colonizaciones europeas, y en la esclavitud en América todavía en el siglo XIX— mientras se mantenían principalmente con las restricciones de la capacidad de obrar por motivos de sexo, instrucción o renta. Ciertamente es que sujetos *optimo iure*, incluso después de 1789, lo han sido por mucho tiempo sólo los individuos varones, blancos, ciudadanos y propietarios¹². Hoy, después de que también la capacidad de obrar se haya extendido a todos los seres humanos con la única excepción de los menores y de los enfermos mentales, la desigualdad se fragua en el molde estatista de la ciudadanía, cuya definición según la pertenencia nacional y territorial representa la última gran limitación normativa del principio de igualdad jurídica.

En definitiva, lo que ha cambiado con el progreso del derecho, aparte de las garantías proporcionadas por codificaciones y constituciones, no son los criterios de atribución de los derechos fundamentales —personalidad, capacidad de obrar y ciudadanía—, sino sólo su significado extensional, al principio restringido y fuertemente discriminatorio, después más amplio y tendencialmente universal. Volveré más tarde sobre esta dimensión semántica de la igualdad, sobre su nexo histórico con la dimensión pragmática de la democracia y sobre sus llamativas violaciones en la moderna era de la globalización. Ahora baste subrayar que de nuestros tres criterios, una vez que la personalidad ha sido plenamente universalizada¹³, permanecen sólo, como factores normativos de limitación de los derechos fundamentales y de su universalismo, el de la capacidad de obrar y el de la ciudadanía. El primero, concerniente a los derechos-potestad, cuyo ejercicio consiste en actos preceptivos productores de efectos para el propio sujeto y para otros, no puede ser ampliado más allá de ciertos límites: la minoría de edad puede ser ciertamente reducida y las limitaciones conectadas a la enfermedad mental pueden también reducirse, además de ser rodeadas de mayores garantías; pero algún límite es necesario que exista, ante todo como protección de los propios menores y enfermos mentales. Permanece el criterio de la ciudadanía, que hoy es el único en contradecir —sin justificación axiológica alguna— el principio de igualdad *en droits*. Una plena igualdad jurídica sólo será alcanzada por tanto con la superación del carácter privilegiado y discriminatorio que hoy presenta la ciudadanía. Y esto es algo que sólo se conseguirá, como veremos en su momento, mediante dos formas de universalización, convergentes entre sí, aunque orientada la primera al progreso de los ordenamientos estatales, y centrada la otra en la esfera del derecho internacional: la superación de la ciudadanía a través de la progresiva transformación de un número creciente de derechos del ciudadano en derechos de la persona, o su progresiva extensión hasta la instauración de una ciudadanía mundial.

11.3. *Derechos humanos, derechos públicos, derechos civiles y derechos políticos*

Podemos ahora obtener —descomponiendo las sumas lógicas con que he definido en el § 11.1 los derechos fundamentales y he propuesto en el § 11.2 las dos distinciones entre derechos de la persona y derechos del ciudadano y entre derechos primarios y secundarios— una primera tipología de los derechos fundamentales, enteramente basada en los diferentes estatus jurídicos de los sujetos que son sus titulares y compuesta de cuatro figuras, determinadas por las cuatro distintas conjunciones de cada figura de la primera distinción con cada una de la segunda.

Lamaré pues *derechos humanos* a los derechos que pertenecen a todas las personas naturales simplemente en cuanto tales; *derechos pú-*

blicos a los derechos que pertenecen a todas las personas naturales en cuanto ciudadanos; *derechos civiles* a los derechos-potestad que pertenecen a todas las personas naturales en cuanto dotadas de capacidad de obrar; *derechos políticos* a los derechos-potestad que corresponden sólo a los ciudadanos dotados de capacidad de obrar.

D11.6 '*Derechos humanos*' son los derechos de los que todos son titulares en cuanto que personas naturales.

$(y)(DUMy \equiv (DIRy \cdot (z)(TITzy \cdot PNAz)))$

D11.7 '*Derechos públicos*' son los derechos de los que todos son titulares en cuanto ciudadanos.

$(y)(DPUy \equiv (DIRy \cdot (z)(TITzy \cdot CITz)))$

D11.8 '*Derechos civiles*' son los derechos-potestad de los que todos son titulares en cuanto capaces de obrar.

$(y)(DCIy \equiv (DIPy \cdot (z)(TITzy \cdot CAAz)))$

D11.9 '*Derechos políticos*' son los derechos-potestad de los que todos son titulares en cuanto ciudadanos capaces de obrar.

$(y)(DPLY \equiv (DIPy \cdot (z)(TITzy \cdot CITz \cdot CAAz)))$

De aquí se desprende la interdefinibilidad de las cuatro clases de derechos formuladas en el párrafo precedente y las cuatro clases ahora perfiladas: cada una de las clases de esta segunda división cuatripartita equivale en efecto al *producto lógico* de dos de la primera, y cada una de las clases de la primera clasificación a la *suma lógica* de dos de la segunda. En concreto, los derechos humanos son los derechos primarios de la persona (T11.39); los derechos públicos son los derechos primarios del ciudadano (T11.40); los derechos civiles son los derechos secundarios de la persona (T11.41); los derechos políticos son los derechos secundarios del ciudadano (T11.42). Por otro lado, los derechos de la persona son (la suma de) los derechos humanos y de los derechos civiles (T11.43); los derechos del ciudadano son los derechos públicos y los derechos políticos (T11.44); los derechos primarios son los derechos humanos y los derechos públicos (T11.45); los derechos secundarios son los derechos civiles y los derechos políticos (T11.46).

T11.39 $(y)(DUMy \equiv (DPRy \cdot DDPy))$

T11.40 $(y)(DPUy \equiv (DPRy \cdot DDCy))$

T11.41 $(y)(DCIy \equiv (DSEy \cdot DDPy))$

T11.42 $(y)(DPLY \equiv (DSEy \cdot DDCy))$

T11.43 $(y)(DDPy \equiv (DUMy \vee DCIy))$

D11.6, D11.2, D11.4

D11.7, D11.3, D11.4, T10.143

D11.8, D11.2, D11.5, T7.44

D11.9, D11.3, D11.5

D11.2, D11.6, D11.8

T11.44 (y)(DDCy \equiv (DPUy \vee DPLy))	D11.3, D11.7, D11.9
T11.45 (y)(DPRy \equiv (DUMy \vee DPUy))	D11.4, D11.6, D11.7
T11.46 (y)(DSEy \equiv (DCIy \vee DPLy))	D11.5, D11.7, D11.9

Podemos representar la entera tipología que resulta —basada en la conjunción y disyunción de las parejas de derechos formadas cada una a partir de las distintas combinaciones de los tres estatus subjetivos utilizados en sus ocho definiciones— en el siguiente cuadro:

Derechos fundamentales (DFO)	Derechos de la persona (DDP) (persona natural)	Derechos del ciudadano (DDC) (ciudadano)
Derechos primarios (DPR) o sustanciales (capacidad jurídica)	Derechos humanos (DUM)	Derechos públicos (DPU)
Derechos secundarios (DSE) o instrumentales (capacidad de obrar)	Derechos civiles (DCI)	Derechos políticos (DPL)

Y podemos configurar la distinción entre *derechos humanos*, *derechos civiles*, *derechos públicos* y *derechos políticos* como una clasificación exhaustiva de todos los derechos fundamentales (11.47), realizada sobre la base de la distinta extensión de su universalidad: los derechos humanos son aquellos cuya titularidad pertenece a toda persona natural (T11.48); los derechos públicos aquellos que pertenecen a todos y sólo a los ciudadanos (T11.49); los derechos civiles aquellos de los que son titulares todas y sólo las personas capaces de obrar (T11.50); los derechos políticos los que tienen como titulares a todos y sólo a los ciudadanos capaces de obrar (T11.51).

T11.47 (y)(DFOy \equiv (DUMy \vee DCIy \vee DPUy \vee DPLy))	T11.21, T11.43, T11.44
T11.48 (y)(DUMy \rightarrow (DIRy \cdot (z)(TITzy \equiv PNAz)))	D11.6
T11.49 (y)(DPUy \rightarrow (DIRy \cdot (z)(TITzy \equiv CITz)))	D11.7
T11.50 (y)(DCIy \rightarrow (DIPy \cdot (z)(TITzy \equiv CAAz)))	D11.8
T11.51 (y)(DPLy \rightarrow (DIPy \cdot (z)(TITzy \equiv CITz \cdot CAAz)))	D11.9

De estas cuatro categorías, la de los *derechos humanos* —al mismo tiempo primarios (o sustanciales) y de la persona— es sin duda la más importante y paradigmática. Se trata de los únicos derechos universales en el sentido sustancial indicado en el parágrafo anterior, en cuanto pertenecientes, indistintamente, a todas las personas naturales y por ello, al menos hoy, a todos los seres humanos. En el derecho italiano, por ejemplo, están sancionados en el artículo 2 de la Constitución, que «reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ora como individuo, ora en el seno de las formaciones sociales donde aquél desarrolla su personalidad». Entre ellos todos los derechos que la propia Constitución

reconoce a «todos»: el derecho a la vida y a la integridad de la persona, la libertad personal (art. 13), el *habeas corpus* y la inmunidad frente a la violencia (art. 13,4), la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y en general de la intimidad y de la privacidad (arts. 14 y 15), la libertad de conciencia y religiosa (arts. 8 y 19), la libertad de expresión del pensamiento (art. 21), el derecho al nombre (art. 22), el derecho de defensa y los demás derechos del imputado (arts. 24-27), el derecho a la salud (art. 32) y a la educación (art. 34), el derecho de huelga (art. 41), así como aquel particular metaderecho del que se hablará en el § 11.12 y que es el derecho a la igualdad jurídica (art. 3). Pero se incluyen también, conforme a los artículos 11 y 9, el derecho a la paz y a la defensa del medio ambiente, sin olvidar la tutela de las minorías lingüísticas (art. 6). Más en general, en fin —a partir de la fórmula indeterminada «derechos inviolables», usada por el artículo 2, y del deber de respetar las normas de derecho internacional que impone el artículo 10— pueden incluirse entre los derechos humanos, en cuanto recibidos en nuestro ordenamiento con rango constitucional, todos los derechos primarios sancionados en las convenciones internacionales: de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 a los dos Pactos internacionales sobre derechos civiles y políticos y sobre derechos económicos, sociales y culturales de 16 de diciembre de 1966.

Los *derechos públicos* son en cambio los derechos primarios (o sustanciales) reconocidos únicamente a los ciudadanos dentro de su propio Estado. Forman parte de esta categoría, en el ordenamiento italiano, los derechos atribuidos por la Constitución sólo a los ciudadanos: como el derecho al trabajo (art. 4), el derecho de residencia y circulación en el territorio nacional (art. 16), los derechos de reunión (art. 17) y de asociación (art. 18), y el derecho al mantenimiento y a la asistencia de quien se encuentre incapacitado para trabajar y desprovisto de medios de vida (art. 38). Se trata, como ya se ha dicho, de derechos cuya más restringida universalidad, relativa sólo a los ciudadanos, señala no sólo un límite sino también una aporía de la democracia contemporánea. En efecto, la ciudadanía, como condición de la titularidad de tales derechos, viene a configurarse como un privilegio que contradice la vocación universalista de los derechos fundamentales. Naturalmente, la adscripción de un derecho primario a la clase de los derechos humanos o a la clase de los derechos públicos varía de ordenamiento en ordenamiento. Un derecho —por ejemplo, a la salud— que en cierto ordenamiento es un derecho público, puede ser en otro, o convertirse más tarde en el mismo, en un derecho humano¹⁴. El avance en los derechos, repito, se produce precisamente a través de su progresiva universalización: ampliando los confines de los derechos de las personas o los territoriales de la ciudadanía hasta la transformación, en un ideal ordenamiento mundial del futuro, de todos los derechos de ciudadanía en derechos de la persona o, lo que es lo mismo, hasta el establecimiento de una ciudadanía planetaria.

Los *derechos civiles* son a su vez los derechos secundarios (o instrumentales) reconocidos a toda persona humana en cuanto capaz de obrar. Aquí están comprendidos ante todo los derechos-poder mediante los que se manifiesta la autonomía privada de las personas y sobre los que se fundan la sociedad civil y el mercado: como la capacidad negocial, la libertad contractual, la libertad de escoger y cambiar de trabajo, la libertad de empresa y las otras formas de libertad mercantil o profesional. En este grupo se incluye también aquel metaderecho de garantía que es el derecho a la jurisdicción para la tutela de los otros derechos y que comprende asimismo el derecho a obtener, a través de un adecuado proceso, un pronunciamiento judicial contra sus lesiones. Y, en fin, de esta categoría forman parte todas las potestades de autodeterminación personal, como la de contraer matrimonio, solicitar y obtener adopciones, otorgar testamentos, conceder donaciones y otras semejantes. Como se verá en los §§ 11.5 y 11.6, en el uso corriente la expresión «derechos civiles» tiene un significado bastante más amplio, incluyendo gran parte de los derechos humanos —y ante todo los derechos de libertad y de inmunidad— y excluyendo sólo los derechos sociales y los derechos políticos¹⁵. Nosotros la entenderemos en cambio en un sentido más restringido: para designar, no los derechos de libertad propiamente dichos, cuyo ejercicio no consiste en actos jurídicos productores de efectos y que no requieren por tanto la capacidad de obrar, sino únicamente aquellos derechos-poder de autonomía o autodeterminación —fundamentales porque garantizados a todos en cuanto que dotados de capacidad de obrar— que consisten en la potestad de realizar actos de disposición (de otros derechos): contratos, donaciones, testamentos, matrimonios, iniciativas empresariales, constitución de sociedades mercantiles, emplazamientos judiciales, recursos administrativos y otros similares. A diferencia de la ciudadanía, que expresa un límite no necesario y discriminatorio a la universalidad de los derechos fundamentales, la capacidad de obrar representa por el contrario un límite intrínseco a la naturaleza de estos derechos en cuanto que derechos-potestad, ejercidos mediante decisiones productoras de efectos en la esfera jurídica propia y ajena. Se podrá reducir la mayoría de edad, pero es impensable, como ya se ha dicho, que la capacidad de obrar y los correspondientes derechos civiles puedan ser concedidos a los niños o a los recién nacidos.

En fin, los *derechos políticos* son los derechos secundarios (o instrumentales) reconocidos sólo a los ciudadanos en cuanto capaces de obrar políticamente —como el derecho de voto, el derecho a presentarse como candidato y el derecho a acceder a los cargos públicos— cualquiera que sea el criterio de identificación de la ciudadanía¹⁶. Si en el ejercicio de los derechos civiles se manifiesta la autonomía privada, en el de los derechos políticos, y en particular en el voto, se manifiesta la autonomía política o, si se quiere, aquel fragmento de soberanía política que en democracia pertenece a todo ciudadano. Y si sobre los primeros se funda el mercado, sobre los segundos se funda el Estado representativo. Estos derechos

exhiben por otra parte la forma de universalidad más restringida, estando vinculados a la doble condición de la ciudadanía y de la capacidad de obrar. Por lo demás, no es casualidad que sean justamente estos derechos los que hayan sufrido un proceso de generalización entre los propios ciudadanos más lento y costoso, mediante su extensión sólo en el siglo pasado primero a todos los varones adultos y sucesivamente a las mujeres y la consiguiente afirmación del sufragio llamado, en cada una de las ocasiones, «universal»¹⁷. Es pues lícito identificar en su completa universalización, a través de la extensión a todos los hombres y mujeres del mundo y su diferenciación únicamente sobre la base de la residencia, el punto de llegada del proceso de formación de un ordenamiento democrático internacional.

11.4. *Derechos individuales y derechos sociales. Libertad y autonomía*

Las distinciones anteriores obedecen al criterio de los sujetos titulares de los derechos y por tanto al grado de extensión de la universalidad de los mismos. Pero los derechos pueden ser clasificados también atendiendo a su contenido, o sea, al tipo de expectativa que incorpora su significado prescriptivo. Esta segunda tipología, que podemos llamar '*objetiva*', resulta en parte independiente y en parte entrelazada con la primera, de carácter en cambio '*subjetivo*'. Viene a reflejar la distinción, elaborada desde una perspectiva general a propósito de los derechos subjetivos en el § 10.12, entre 'derechos positivos' y 'derechos negativos' (T10.141) y, dentro de estos últimos, entre 'derechos-inmunidad', 'derechos-facultad' y 'derechos-potestad' (T10.142).

Lamaré *sociales* a los derechos fundamentales '*a*' o positivos, consistentes en expectativas positivas (de prestaciones), e *individuales* a los derechos '*de*' o negativos, consistentes en expectativas negativas (de no lesión)¹⁸. Además, según que su contenido sea *sólo* un derecho-inmunidad o *también* un derecho-facultad o *también* un derecho-poder, clasificaré los derechos individuales en *libertades frente a*, *libertades de* y *potestades de* o *derechos de autonomía*.

D11.10 *Los 'derechos sociales' son los derechos fundamentales positivos.*

(y)(DSOy \equiv (DFOy · DPOy))

D11.11 *Los 'derechos individuales' son los derechos fundamentales negativos.*

(y)(DINy \equiv (DFOy · DNEy))

D11.12 *Las 'libertades frente a' son los derechos primarios de inmunidad.*

(y)(LDAy \equiv (DPRy · DIMy))

D11.13 Las ‘libertades de’ son los derechos-facultad de carácter primario.

(y)(LDIy \equiv (DPRy · DIFy))

D11.14 Los ‘derechos de autonomía’ son los derechos-potestad de carácter secundario.

(y)(AUNy \equiv (DSEy · DIPy))

Resulta así una tipología de los derechos fundamentales paralela a la trazada en el § 10.12 dentro del ámbito general de los derechos y no menos importante que la elaborada en los párrafos precedentes: de un lado, la gran división (T11.52) entre *derechos individuales* (o negativos), que consisten en expectativas negativas de no lesión, interferencia o constricción (T11.53), y *derechos sociales* (o positivos), que en cambio suponen expectativas positivas de prestación (T11.54); de otro lado, la distinción de los derechos individuales en tres categorías (T11.55): a) las ‘libertades frente a’, que son los derechos individuales primarios consistentes sólo en expectativas de no lesión, y no también en facultades (T11.56); b) las *libertades de*, que son los derechos individuales primarios consistentes también en facultades (T11.57); c) las *autonomías*, que son los derechos individuales secundarios consistentes también en potestades (T11.58). El conjunto de los derechos fundamentales se clasifica por tanto en ‘derechos sociales’, ‘libertades frente a’, ‘libertades de’ y ‘autonomías’ (T11.59).

T11.52 (y)(DFOy \equiv (DINy v DSOy)) D11.10, D11.11, T11.1, T10.141

T11.53 (y)(DINy \equiv (DFOy · M(\exists x)(ASPy \perp x · LESxy))) D11.11, D10.22

T11.54 (y)(DSOy \equiv (DFOy · M(\exists x)(ASPyx · PRTxy))) D11.10, D10.21

T11.55 (y)(DINy \equiv (LDAy v LDIy v AUNy))

D11.11, D11.12, D11.13, D11.14, T11.22, T10.142, D11.5, T10.155

T11.56 (y)(LDAy \equiv (DINy · DPRy · M(\exists x)(ASPy \perp x · LESxy) · \neg FACy))

D11.12, D10.23, T11.55

T11.57 (y)(LDIy \equiv (DINy · DPRy · M(\exists x)(ASPy \perp x · LESxy) · FACy))

D11.13, T11.55, D10.24, D10.22

T11.58 (y)(AUNy \equiv (DINy · DSEy · M(\exists x)(ASPy \perp x · LESxy) · PTSy))

D11.14, T11.55, D10.25, D10.22

T11.59 (y)(DFOy \equiv (DSOy v LDAy v LDIy v AUNy))

T11.52, T11.55

Tenemos de este modo cuatro clases de derechos fundamentales —la primera formada por los derechos sociales, las otras tres por los derechos individuales— que se corresponden con las cuatro clases de derechos formuladas, dentro del ámbito más amplio de los derechos subjetivos, en la tesis T10.143: a) los *derechos sociales*, que son expectativas positivas a prestaciones como la salud, la educación, la subsistencia, el trabajo u otras análogas; b) las *libertades frente a*, que son derechos individuales primarios consistentes en simples expectativas negativas o inmunidades, como el derecho a la vida y a la integridad personal, el *habeas corpus* y

el derecho a la igualdad, es decir, a la omisión de actos discriminatorios; c) las *libertades de*, que son igualmente derechos individuales primarios, pero que, además de expectativas negativas, incorporan facultades de simple comportamiento (y no de actos jurídicos) como la libertad de expresión, de prensa, de asociación, de reunión y similares; d) los *derechos de autonomía*, que se identifican con los derechos individuales secundarios o instrumentales, o sea, consistentes en poderes, y que, como veremos enseguida (T11.70-T11.72), se corresponden, en cuanto derechos de autonomía privada, con los derechos civiles y, en cuanto derechos de autonomía política, con los derechos políticos.

Procederé ahora a una operación de agregación dentro del dominio de los derechos primarios de libertad, y de desagregación en la esfera de los derechos secundarios de autonomía. Llamaré simplemente '*libertades*' o '*derechos de libertad*' a la suma lógica de las '*libertades frente a*' y de las '*libertades de*'. Y distinguiré dentro de las '*autonomías*' o '*derechos de autonomía*' —según que pertenezcan a toda persona o sólo a los ciudadanos— dos clases: los '*derechos de autonomía civil*' y los '*derechos de autonomía política*'.

D11.15 *La 'libertad' es toda 'libertad frente a' o 'libertad de'.*

(y)(LIBy \equiv (LDAy \vee LDly))

D11.16 *Los 'derechos de autonomía civil' son los derechos de autonomía de la persona.*

(y)(AUCy \equiv (AUNy \cdot DDPy))

D11.17 *Los 'derechos de autonomía política' son los derechos de autonomía del ciudadano.*

(y)(AUPy \equiv (AUNy \cdot DDCy))

De aquí se deriva otra gran distinción, en la que deseo insistir especialmente porque, como veremos en los §§ 11.6 y 14.14, en ella se basa la superación de múltiples equívocos e incomprensiones: la distinción de los derechos individuales en *libertades* y *autonomías* (T11.60), las unas equivalentes a los derechos individuales primarios (T11.61) y las otras a los derechos individuales secundarios (T11.62). Concretamente las libertades, siendo simples inmunidades o bien derechos-facultad (T11.63), se identifican con los derechos primarios negativos (T11.64): las '*libertades frente a*' con las libertades no consistentes en '*libertades de*' (T11.65) y las '*libertades de*' con las libertades no consistentes en simples '*libertades frente a*' (T11.66). Las autonomías, en cambio, sean civiles o políticas (T11.67), al presentarse como derechos-potestad (T11.68) que se ejercen mediante actos jurídicos en razón de la capacidad de obrar de sus titulares, se identifican con los derechos secundarios

(T11.69), o sea, con la suma de los derechos civiles y de los derechos políticos (T11.70): la autonomía civil con los derechos civiles (T11.71) y la autonomía política con los derechos políticos (T11.72). En suma, existe sinonimia entre *derechos de libertad y derechos primarios individuales o negativos*, entre *derechos de autonomía y derechos secundarios*, entre *autonomía civil y derechos civiles* y entre *autonomía política y derechos políticos*. Y existe en cambio una diferencia estructural, ignorada por la tradición liberal, entre libertades y autonomías. Las primeras, incluso cuando asociadas a facultades, es decir, a figuras deónticas cuyo ejercicio no es un acto jurídico, consisten en simples expectativas negativas de no lesión. Las segundas, además de suponer expectativas negativas, consisten en potestades, que se ejercen mediante actos preceptivos productores de efectos y por ello sujetos, en el estado de derecho, a los límites y a los vínculos, formales y sustantivos, establecidos en las normas sobre su producción: se trata de las únicas potestades de carácter tético o universal, no por casualidad atribuidas únicamente a las personas naturales bajo la forma de derechos fundamentales.

T11.60 (y)(DINy \equiv (LIBy v AUNy))	T11.55, D11.15
T11.61 (y)(LIBy \equiv (DINy \cdot DPRy))	
	D11.15, T11.55, D11.11, T10.155, D11.12, D11.13
T11.62 (y)(AUNy \equiv (DINy \cdot DSEy))	D11.14, T11.55, D11.5
T11.63 (y)(LIBy \rightarrow (DIMy v DIFy))	D11.15, D11.12, D11.13
T11.64 (y)(LIBy \equiv (DPRy \cdot DNEy))	
	T11.61, T11.63, T10.154, D11.11, T11.22
T11.65 (y)(LDAy \equiv (LIBy \cdot \neg LDIy))	D11.15, D11.12, D11.13, T10.155
T11.66 (y)(LDIy \equiv (LIBy \cdot \neg LDAy))	D11.15, T11.65
T11.67 (y)(AUNy \equiv (AUCy v AUPy))	
	D11.14, D11.16, D11.17, T11.21, T11.22
T11.68 (y)(AUNy \equiv (DINy \cdot DSEy \cdot DIPy))	T11.62, D11.14
T11.69 (y)(AUNy \equiv DSEy)	D11.14, D11.5
T11.70 (y)(AUNy \equiv (DCIy v DPLy))	T11.69, T11.46
T11.71 (y)(AUCy \equiv DCIy)	D11.16, T11.69, T11.41
T11.72 (y)(AUPy \equiv DPLy)	D11.17, T11.69

También nuestra segunda tipología puede por tanto ser representada con un simple cuadro (en la página siguiente), que refleja perfectamente el formulado para todos los derechos en el § 10.12 y que se superpone, en parte, al de los derechos fundamentales enunciado en el parágrafo que precede.

Es evidente la importancia —no sólo para la teoría del derecho, sino también para la teoría política— de la distinción entre *derechos individuales y derechos sociales*. Consistiendo los unos en expectativas negativas y los otros en expectativas positivas, los dos tipos de derechos se corresponden con distintas técnicas de tutela de la *seguridad* de las personas. Los derechos individuales, que bien podemos llamar también *derechos liberales*, garantizan una seguridad por así decir *negativa*, esto

Derechos fundamen- tales (DFO)	Derechos sociales (DSO) (Derechos positivos) (DPO)			Derechos primarios (DPR)
	Derechos individuales (DIN) (Derechos negativos) (DNE)	Libertad (LIB)	Libertad frente a (LDA)	
			Libertades de (LDI)	Derechos secundarios (DSE)
		Autonomía (AUT)	civil (AUC): derechos civiles (DCI)	
			política (AUP): derechos políticos (DPL)	

es, *contra* violencias, represiones o impedimentos por parte de otros sujetos, sean públicos o privados. Los derechos sociales garantizan en cambio una seguridad que podemos llamar *positiva*, esto es, *por medio de* prestaciones o servicios a cargo de otros sujetos, normalmente públicos aunque también algunas veces privados. Los primeros son derechos de vivir, los segundos son derechos para sobrevivir. Se explica así la distinta estructura de las relaciones jurídicas que generan: como veremos mejor al final del § 11.9, los derechos individuales son derechos fundamentales absolutos o *erga omnes*, a los que corresponden prohibiciones (o sea, deberes negativos de no hacer) a cargo de todos y en primer lugar del Estado, frente a ellos caracterizado como *estado de derecho liberal* que bien podemos llamar *mínimo* en cuanto ordenado solamente a garantizar su no violación; los derechos sociales son en cambio derechos fundamentales relativos o *erga singulum*, a los que se corresponden obligaciones (o sea, deberes positivos de hacer) a cargo normalmente del Estado, frente a ellos caracterizado como *estado de derecho social* que podemos en cambio llamar *máximo* porque orientado además a garantizar su satisfacción.

Como veremos más adelante, ambos tipos de derechos concurren para la definición de la *igualdad jurídica*. Pero es distinto el tipo de igualdad que aseguran. Los derechos individuales garantizan a todos la *identidad personal* tutelando, contra discriminaciones o privilegios, la *igualdad formal* de las *diferencias individuales* —de sexo, etnia, lengua, religión, opinión, condiciones personales o sociales— ninguna de las cuales puede ser penalizada o favorecida. Los derechos sociales aseguran en cambio la *solidaridad social*, promoviendo niveles mínimos de *igualdad sustancial* a través de la remoción o al menos de la reducción de las *desigualdades sociales*: de renta, de salud, de instrucción y en general de condiciones económicas o materiales de vida. Los primeros han sido llamados «derechos de primera generación» porque aparecen en las primeras Declaraciones de derechos; los segundos han sido llamados «derechos de segunda generación» porque son el producto de las políticas sociales y de la experiencia constitucional del siglo xx. En cualquier caso, como luego se mostrará, unos y otros difieren estructuralmente de los derechos patrimoniales, que forman al contrario la base de la *desigualdad jurídica*.

11.5. *Derechos políticos, derechos civiles, derechos de libertad y derechos sociales. Una crítica de la tipología de los derechos de Thomas Marshall*

Así pues, se han formulado dos clasificaciones de los derechos fundamentales (T11.47 y T11.59), articuladas cada una de ellas en cuatro clases de derechos y elaboradas en gran parte sobre la base de dos criterios distintos e independientes entre sí: el subjetivo de la esfera de sus titulares (D11.2-D11.9) y el objetivo de su composición atómica (D11.10-D11.17). Por una parte, sin embargo, las dos clasificaciones coinciden: existe equivalencia, como se ha mostrado, entre los derechos secundarios, o sea, civiles y políticos, y los derechos de autonomía (T11.69), respectivamente civil y política (T11.71, T11.72), debido al hecho de que los primeros han sido definidos también a partir del elemento objetivo de su naturaleza de derechos-potestad (D11.5, D11.8, D11.9) y los segundos también a partir del elemento subjetivo de su naturaleza de derechos secundarios (D11.14), los unos de la persona (D11.16) y los otros del ciudadano (D11.17).

Ahora, como se ha visto, las dos libertades ('de' y 'frente a') pueden ser reunidas en la única figura de la libertad (D11.15); mientras que la autonomía puede ser desagregada en las dos figuras de la autonomía civil y de la autonomía política (D11.16, D11.17). Así pues, si conjugamos nuestras dos clasificaciones —sustituyendo la disyunción entre 'libertades frente a' y 'libertades de' que aparece en la segunda por 'libertad' (D11.15, T11.59), y 'autonomía' con la disyunción entre 'derechos civiles' y 'derechos políticos' que aparece en la primera (T11.70, T11.47)—, obtenemos una tercera, que se revelará como la más importante de todas a los fines de una teoría jurídica de la democracia: la división en cuatro categorías de todos los derechos fundamentales en *derechos políticos, derechos civiles, derechos de libertad y derechos sociales* (T11.73), o sea, en dos pares de derechos donde el primero está formado por todos y sólo por los *derechos secundarios, instrumentales* o de *autonomía* diferenciados en derechos políticos y civiles (T11.46, T11.67, T11.70), mientras que el segundo lo está por todos los *derechos primarios, finales* o *sustanciales*, diferenciados en derechos de libertad y derechos sociales (T11.74), o bien en 'libertades frente a', 'libertades de' y derechos sociales (T11.75).

T11.73 (y)(DFOy \equiv (DPLy v DCIy v LIBy v DSOy))	T11.59, D11.15, T11.70
T11.74 (y)(DPRy \rightarrow (LIBy v DSOy))	T11.22, T11.52, T11.61
T11.75 (y)(DPRy \rightarrow (LDAy v LDÍy v DSOy))	T11.74, D11.15

Y podremos representar esta tercera tipología, que hace uso de términos utilizados en parte en la primera y en parte en la segunda, con un tercer cuadro:

Derechos fundamentales (DFO)	Derechos primarios (DPR) o sustanciales	Derechos de libertad (LIB)
		Derechos sociales (DSO)
	Derechos secundarios (DSE) o instrumentales	Derechos civiles (DCI)
		Derechos políticos (DPL)

Disponemos en este punto de una compleja tipología, resultado de tres clasificaciones, que en la parte cuarta de este libro servirá de base al análisis del modelo jurídico-normativo de la que llamaré ‘democracia constitucional’ o ‘garantista’. En efecto, dimensiones, formas, contenidos y niveles de la democracia podrán ser identificados con las garantías de los diversos tipos de derechos fundamentales en los que el concepto primitivo de ‘democracia’ será declinado.

Ante todo, la distinción entre derechos primarios (o sustanciales) y derechos secundarios (instrumentales o de autonomía) (T11.22), que está presente en todas las clasificaciones representadas en nuestros tres esquemas, servirá para identificar, en el capítulo XIII, las dos fuentes de legitimación de los ordenamientos jurídicos, que se corresponden con otras tantas *dimensiones* —la una formal, la otra sustancial— de la democracia. Los *derechos secundarios* o de autonomía, sean civiles o políticos, son efectivamente derechos-poder configurables como *derechos formales* o *instrumentales*, en el sentido de que valen para legitimar la *forma* (el *quién* y el *cómo*) de las decisiones, y por tanto la dimensión que llamaré ‘formal’ de la democracia respectivamente en la esfera privada del mercado y en la pública de la política. Los *derechos primarios*, sean de libertad o sociales, son en cambio configurables como *derechos sustanciales* o *finales*, sirviendo para vincular el contenido o la *sustancia* (el *qué cosa*) de las decisiones, y por tanto para fundar la dimensión de la democracia que bien podemos llamar ‘sustancial’.

En segundo lugar, la distinción entre derechos políticos, derechos civiles, derechos de libertad y derechos sociales (T11.73) permitirá identificar, en los capítulos XIV y XV, los cuatro *valores* o *rasgos intensionales* —políticos, civiles, liberales y sociales— de la democracia. Mientras que los derechos políticos y civiles —consistentes ambos en derechos-poder que por tanto suponen la capacidad de obrar, contractual o política, de sus titulares— protegen los valores de la autonomía, respectivamente en la esfera *pública* y en la esfera *privada*, sobre los que se funda la *forma* democrática de la organización del poder, los derechos de libertad y los derechos sociales —consistentes los unos en *expectativas negativas* y los otros en *expectativas positivas*— protegen los valores o los fines, respectivamente liberales y sociales, de cuya tutela o satisfacción dependen los contenidos y la *sustancia* de la democracia.

Por completo independiente de estas dos clasificaciones nos queda la distinción entre *derechos de la persona* y *derechos del ciudadano*, a partir de la que serán contextualizados, en el capítulo XVI, los *nive-*

les extensionales de la democracia: el nivel internacional, el nivel estatal, los diversos niveles regionales, locales o en todo caso infraestatales. A diferencia de las otras dos, esta distinción no está vinculada a características intrínsecas o estructurales de los derechos fundamentales, sino que depende exclusivamente del derecho positivo, o sea, del hecho de que tales derechos sean atribuidos por el ordenamiento a todos en cuanto personas o sólo a las personas en cuanto ciudadanos. De hecho, en los ordenamientos modernos, los plenos derechos políticos son habitualmente de ciudadanía, los derechos civiles lo son de toda persona, al igual que los derechos de libertad, excepción hecha del de residencia y circulación en el territorio del Estado, y los derechos sociales son en parte de la persona y en parte del ciudadano: en el ordenamiento italiano, por ejemplo, son de la persona el derecho a la salud (art. 32 Const.), a la educación (art. 34 Const.) y a la remuneración proporcionada del trabajo (art. 36 Const.), mientras que son del ciudadano los derechos al trabajo (art. 4 Const.) y a la asistencia social (art. 38 Const.). Pero se trata, como he señalado desde el § 11.2, de rasgos contingentes, cuya variabilidad de ordenamiento en ordenamiento indica la arbitrariedad de la incumplida universalización de los derechos del ciudadano, que identificaré en su momento como un límite y una aporía de la democracia moderna.

Se puede además observar cómo la clasificación cuatripartita de los derechos fundamentales que aquí hemos propuesto en *civiles*, *políticos*, *de libertad* y *sociales* recuerda otra conocidísima tipología: la división tripartita de los mismos derechos en *civiles*, *políticos* y *sociales* formulada por Thomas Humphrey Marshall en su clásico ensayo *Citizenship and Social Class* de 1950¹⁹. De ella cabe rechazar sin embargo dos aspectos importantes, que merecen ser analizados: ante todo, el nexo arbitrario establecido por Marshall entre el conjunto de estos derechos, por él llamados indistintamente «derechos de ciudadanía», y el estatus, precisamente, de «ciudadano» que sería su común presupuesto; en segundo lugar, la extrema generalidad de la noción de «derechos civiles», en la que Marshall incluye, junto a la propiedad y a los derechos de autonomía, también los derechos de libertad, no configurados como categoría diferente y autónoma. En mi opinión, estos dos elementos hacen de la tipología marshalliana fuente de graves confusiones e incomprensiones²⁰.

En el plano teórico, resulta ante todo fuente de confusión el anclaje de *todos* estos derechos en la «ciudadanía», que según Marshall designa la pertenencia de un sujeto «a una determinada comunidad»²¹ y que, en el léxico jurídico, ha significado siempre el estatus personal requerido como presupuesto sólo de algunos derechos fundamentales, por lo común los políticos, que corresponden a los ciudadanos y no también a los extranjeros. Identificar en la «ciudadanía» el presupuesto de todos los derechos fundamentales equivale en efecto a borrar la otra figura de estatus —mucho más importante— a la que la mayor parte de los de-

rechos de que habla Marshall están habitualmente asociados: el *status personae* (o *personalidad*) cuya diferenciación como presupuesto de derechos con respecto al más específico *status civitatis* (o ciudadanía) ha estado siempre presente, desde el derecho romano, en la tradición jurídica. Tan presente como para haber sido solemnemente proclamada, en forma de dicotomía, en la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789, que suprime todas las demás diferenciaciones de estatus, manteniendo la ciudadanía y extendiendo la personalidad a todos los seres humanos. *Hombre* y *ciudadano*, *persona* y *ciudadano*, *personalidad* y *ciudadanía* forman desde entonces —en todos los ordenamientos y según todas las constituciones, incluida la italiana— los dos estatus subjetivos a los que se vinculan las dos clases de derechos fundamentales aquí enunciadas en las definiciones D11.2 y D11.3: los '*derechos de la personalidad*', que como se ha dicho corresponden a todos los seres humanos en cuanto *personas*, y los '*derechos de ciudadanía*', que pertenecen sólo a los *ciudadanos*. En particular, es innegable que en la primera categoría de derechos —los derechos de la persona, no los del ciudadano— se incluye la entera categoría de los llamados por Marshall «derechos civiles», por él asociados a la ciudadanía: las «libertades personales, de palabra, de pensamiento y de religión, el derecho de poseer cosas en propiedad y de concluir contratos válidos y el derecho a obtener justicia»²². Estos derechos, con independencia del nombre, no pertenecen habitualmente a sus titulares en cuanto que ciudadanos, sino sólo en cuanto personas: «l'exercice des droits civils», proclamó el artículo 7 del *Code civil* de Napoleón, «est indépendant de la qualité de citoyen». Pero entre los derechos de la persona se integran ahora, como se ha visto por ejemplo a propósito del ordenamiento italiano, también muchos «derechos sociales». Confundir los «derechos de la persona» bajo el único género de los «derechos del ciudadano» equivale por ello a restringir indebidamente su extensión, en contraste con cuanto se halla establecido generalmente por el derecho positivo.

El resultado de una operación así es el desconocimiento del nexo existente entre gran parte de los derechos fundamentales y la igualdad jurídica de todos los seres humanos, tanto más grave —como se verá en los § 15.9, 16.3 y 16.22— en el moderno mundo globalizado, donde la divergencia entre persona y ciudadano se ha hecho todavía más estridente que en el pasado merced al crecimiento de la interdependencia planetaria y de los fenómenos migratorios. Aquel nexo pudo afirmarse, en los orígenes del constitucionalismo moderno, precisamente porque casi todos los derechos fundamentales fueron instituidos no ya como derechos del ciudadano sino como derechos de la persona. «Los hombres» (no los ciudadanos) dice el artículo 1 de la Declaración de 1789, «nacen libres e iguales *en droits*»; y el artículo 2 habla de «derechos naturales e imprescriptibles del hombre» identificándolos con «la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión»; mientras que los artículos 7, 8, 9 y 10 añaden para todos la garantía del *habeas*

corpus, las demás garantías penales y procesales y la libertad de pensamiento. Hay una sola clase de derechos que en virtud del principio de autogobierno fue atribuida por el artículo 6 de la Declaración sólo a los *citoyens*, pero que bien podría ser conferida a todas las personas residentes en el territorio del Estado: la de los derechos políticos, como «el derecho de concurrir personalmente o por medio de representantes a la formación» de la ley en cuanto que «expresión de la voluntad general», así como de «acceder a todos los cargos y oficios públicos en razón únicamente del mérito y la capacidad». Lo mismo se puede decir de todas las constituciones de los siglos XIX y XX. Por lo demás, es precisamente en su connotación como derecho de la persona antes que del ciudadano donde reside la concepción moderna —individualista y no comunitaria— de la libertad; mientras que la asociación marshalliana de la libertad y de muchos derechos civiles a la ciudadanía como «pertenencia a una determinada comunidad» refleja más bien la concepción política de la libertad propia del mundo antiguo, que la entendía como libertad no del individuo en cuanto tal, sino del ciudadano en cuanto no esclavo ni extranjero sino miembro, justamente, de la comunidad política formada por la *polis*²³.

Por otro lado, tampoco resulta convincente otra asociación realizada por Marshall: la que establece entre la ciudadanía, o directamente entre la Declaración de derechos de 1789, y el desarrollo del primer capitalismo²⁴. Los únicos derechos que han sido esenciales al capitalismo, en cuanto indisociables de la economía de mercado, son el igual derecho de todos a convertirse en propietarios y la igual capacidad de obrar, esto es, de contratar: en una palabra, los derechos civiles de autonomía privada, que de otro lado eran reconocidos —en razón de otro tipo de estatus (*familiae* y *libertatis*) pero independientemente de la ciudadanía— incluso antes de la Declaración del año 89. El mercado, en suma, no esperó a la *Déclaration* de 1789, ni tampoco al *Bill of Rights* de un siglo antes, para organizarse independientemente de los confines nacionales de la ciudadanía. Y el mérito de la Declaración del 89 ha sido muy distinto: consiste en haber reconocido y sancionado como derechos del hombre los derechos de libertad y como derechos del ciudadano los derechos políticos, tanto unos como otros esenciales al desarrollo, no ya del capitalismo, sino de la democracia. Prueba de ello es que de estos derechos el mercado puede fácilmente prescindir, como han demostrado los varios fascismos y las sucesivas involuciones autoritarias de la democracia en el siglo pasado. Es más: tales derechos representan un límite no solamente frente al Estado, sino también frente al mercado: no se puede alienar la propia libertad personal, como no se puede vender el derecho de voto. En efecto, los derechos de libertad, al igual que todos los demás derechos fundamentales, incluso los de autonomía privada, son inatacables e indisponibles, estando sustraídos tanto a la política y a los poderes públicos como al mercado y a los poderes privados.

11.6. *Derechos de libertad y derechos de autonomía. 'Libertades frente a' y 'libertades de'. Cuatro conceptos de libertad*

Llego así al segundo aspecto a mi juicio confundente de la tipología de los derechos formulada por Marshall: la inconsistencia teórica de su noción de *derechos civiles*. Según la definición de Marshall referida en el párrafo precedente, esta categoría incluye sin dificultad tres clases de derechos de estructura profundamente diferente: *a)* los derechos de libertad, de la libertad personal a la libertad de palabra, de pensamiento y religiosa; *b)* los derechos de autonomía privada, o sea, de concluir contratos o de actuar en juicio; *c)* el derecho de propiedad —*the right to own property*²⁵— expresión con la que Marshall y muchos de sus comentaristas designan, al mismo tiempo, el derecho de acceder a la propiedad, es decir, de adquirir y de disponer del derecho de propiedad, y el propio derecho real de propiedad.

Lo único que estos tres tipos de derechos tienen en común es que ninguno de ellos, según casi todos los códigos y las constituciones modernas, es un derecho de ciudadanía, configurándose todos como derechos de la persona pertenecientes también a los no ciudadanos. Su unificación bajo la única categoría de los *derechos civiles* aparece por otra parte, bastante antes que en la obra de Marshall, en el Código Civil de Napoleón, que utiliza la expresión para referirse a todos los derechos no políticos²⁶. Aunque es en los orígenes del pensamiento liberal, como se ha visto en el § 10.10, cuando se consuma aquella unificación: recuérdense los clásicos pasajes de Locke (que en la noción de «propiedad» incluye «vida, libertad y hacienda») y de Kant (que habla del «mío externo» como «determinación práctica del arbitrio según la ley de la libertad»), así como la asociación de la «propiedad» a la «libertad» en muchas cartas constitucionales²⁷. Se trata de una combinación que ha condicionado fuertemente toda la teoría del derecho, provocando dos opuestas incomprensiones y dos simétricas operaciones políticas: la elevación en el pensamiento liberal del derecho de propiedad a la categoría de derecho fundamental del mismo valor que los derechos de libertad y, en sentido opuesto, la devaluación en el pensamiento marxista de los derechos fundamentales de libertad desacreditados, como derechos «burgueses», a causa del desvalor que este último atribuye al derecho de propiedad²⁸.

Distinguir en lugar de confundir estos diferentes tipos de derechos es por tanto esencial no sólo para la teoría del derecho sino también para la teoría política, si queremos disponer de categorías teóricas dotadas de capacidad explicativa y de consistencia y determinación semántica. El análisis de las diferentes figuras fundidas en la categoría de los *derechos civiles*, por lo demás nunca seriamente teorizada por la doctrina jurídica, revela en efecto cuatro órdenes de diferencias estructurales y de consiguientes distinciones que no pueden ser ignoradas: *a)* la que separa a los derechos fundamentales de *autonomía* privada y por tanto de adquirir y

disponer de los bienes de propiedad, para los que he reservado el nombre de «derechos civiles», de los derechos fundamentales de *libertad*; b) la que, dentro de los derechos de libertad, diferencia entre las '*libertades frente a*', consistentes sólo en inmunidades, de las '*libertades de*', consistentes también en facultades; c) la que existe entre los derechos de libertad y más en general entre los *derechos fundamentales* y el derecho real de propiedad y más en general los *derechos patrimoniales*; y d), en fin, la que hay entre el derecho de *propiedad como derecho real*, y por ello patrimonial, y el derecho de *propiedad como derecho civil* de autonomía, y por tanto fundamental, de adquirir y disponer de los bienes de propiedad. Se trata de cuatro distinciones —de las que las dos primeras serán analizadas en este párrafo, la tercera en el § 11.7 y la cuarta en el § 11.8— desatendidas en el uso corriente, debido a una cadena de sucesivos deslizamientos semánticos; con el efecto, entre otros, de configurar como «conflictos» entre derechos lo que en realidad no son sino límites estructuralmente impuestos por los derechos de libertad-facultad al ejercicio de los derechos autonomía, por los derechos de libertad-inmunidad ('frente a') al ejercicio de los derechos de libertad-facultad ('de'), por los derechos fundamentales al ejercicio de los derechos patrimoniales y de las meras libertades.

El primer deslizamiento semántico, dentro de la categoría de los derechos fundamentales, es aquel en cuya virtud los *derechos de autonomía* privada —no sólo el derecho de adquirir y disponer de los propios bienes, sino en general todos los derechos civiles conectados a la autonomía negocial, del derecho a concluir contratos a la libertad de empresa y de iniciativa económica y al derecho de actuar en juicio— vienen asimilados a los *derechos de libertad*, como la libertad de prensa, la libertad de reunión y de asociación y hasta incluso la libertad personal. El elemento estructural que en cambio diferencia estas dos clases de derechos, ambos universales y por tanto fundamentales, es el poder, que como se ha visto se halla en la base de la más general distinción entre los que he llamado 'derechos individuales' en las dos grandes clases de derechos de *libertad*, a su vez diferenciados en 'libertades frente a' y 'libertades de', y los derechos de *autonomía*, a su vez diferenciados en derechos civiles (o de autonomía civil) y derechos políticos (o de autonomía política). En efecto, los derechos de libertad equivalen a los derechos primarios negativos (T11.64). Los derechos de autonomía equivalen a los derechos-potestad secundarios (D11.14, T11.68), o sea, a poderes, y precisamente a potestades no funcionales porque conferidas en el exclusivo interés de sus titulares (D10.7, T10.147). Los unos pertenecen a todos independientemente de la capacidad de obrar (D11.4, T11.29); los otros pertenecen sólo a la personas capaces de obrar (D11.5, T11.32).

Esta diferencia de estructura, por lo común descuidada, tiene una relevancia decisiva, también descuidada, en la fenomenología del poder dentro del estado de derecho. En primer lugar, mientras los derechos de libertad son sólo inmunidades o a lo sumo facultades (T11.63), cuyo

ejercicio carece de efectos jurídicos en otras esferas de libertad, los derechos de autonomía son poderes ejercitables mediante actos preceptivos productores de efectos también en la esfera jurídica de otros y por ello sometidos a las normas, formales y sustanciales, sobre su producción (T11.76). En segundo lugar, el ejercicio de los derechos de autonomía se halla siempre vinculado, en cuanto a los efectos de grado subordinado que produce dicho ejercicio, a los derechos fundamentales pertenecientes al mismo grado o nivel normativo al que pertenecen los propios derechos de autonomía (T11.77). De ahí la sujeción a la ley de todos los poderes, políticos y privados, que en la democracia constitucional son los unos expresión indirecta, a través de la representación política, y los otros expresión directa de los derechos de autonomía política y civil. Más concretamente, son no ya estos derechos-poder, generalmente del mismo rango o nivel que los demás derechos fundamentales, sino los efectos indirectos o directos de su ejercicio —las normas legales producidas por el ejercicio del poder legislativo, las situaciones producidas mediante el ejercicio de los poderes negociales— los que se encuentran en un grado subordinado al conjunto de los derechos fundamentales, por lo común de rango constitucional, y no pueden derogarlos.

T11.76 (y)(AUN_y → (DSE_y · POT_y · M(∃x)(∃y") (∃z)(MOD_yx · APR_{xy}" · EFF_y"x · IMP_{zy}" · ¬TIT_{zy} · (∃r)(∃f)(NFOR_x · REG_{rx} · REG_{rf} · FOR_{fx}) · (DEC_{xy}" → (∃r)(NSOR_x · REG_{rx} · REG_{ry}" · SIG_y"x))))))

T11.68, T10.148, T10.28, T9.59, T9.92, T9.93

T11.77 (y1)(DFO_{y1} → (x)(y2)((AFO_x · ESE_{xy1} · AUN_{y1} · EFF_{y2}x ·

SIT_{y2}) → (SIT_{y2} · GSU_{y2}y1))) T6.58, T11.6, D5.1, D2.8, T9.26

Se comprende así la diferencia de nuestra distinción entre *derechos de libertad* y *derechos de autonomía* de aquella otra, que he recordado en el § 2.4 y con la que a veces viene confundida, entre *libertades negativas* y *libertades positivas*²⁹, consistentes las unas en la inmunidad frente a las interferencias o constricciones por parte de los demás y las otras en la autodeterminación jurídica de la propia vida civil. Indicaré tres diferencias entre las dos distinciones, que aconsejan, para evitar equívocos, el uso de dos términos —‘libertad’ sin ulteriores connotaciones y ‘autonomía’— para designar, de un lado, la suma de las ‘libertades frente a’ y de las ‘libertades de’ y, de otro lado, la suma de los derechos políticos y de los derechos civiles, que son potestades cuyo ejercicio no supone un mero comportamiento sino un acto formal de autodeterminación respectivamente en la esfera pública y en la privada.

Ante todo, como se ha visto en el capítulo anterior, también las llamadas «libertades positivas», sean meras facultades o autonomías, cuando consisten en derechos, son derechos negativos, refiriéndose las palabras ‘positivas’ y ‘negativas’, en el léxico de esta teoría, a las expectativas respectivamente de la comisión y de la omisión de comportamientos por parte de otros, y no ya a la facultad o no de comportamientos propios,

en atención a la cual he distinguido en cambio entre ‘derechos activos’ y ‘derechos pasivos’; por consiguiente, el uso de «libertades positivas» para designar los derechos activos de libertad daría lugar a una inútil y confundente ambigüedad semántica.

En segundo lugar, también los ‘derechos de libertad de’, no menos que los ‘derechos de autonomía’, son «libertades positivas», residiendo la diferencia entre unos y otros en la muy relevante circunstancia de que los segundos consisten además en poderes. El término ‘autonomía’ expresa por tanto de manera más unívoca y completa que el más genérico de «libertad (positiva)» —también más cercana al léxico jurídico (recordemos por ejemplo el art. 1322 de código civil sobre «la autonomía contractual» y los arts. 5, 115 y 128 de la Constitución italiana sobre «la autonomía local» y sobre los «entes autónomos») — la potestad de «auto-determinación» o de «auto-normación» de la persona, tal como se manifiesta en los actos jurídicos preceptivos, sean privados como por ejemplo los contratos, o públicos como por ejemplo la expresión del voto: donde el uso de la dicotomía «libertad negativa/libertad positiva» favorece la confusión en vez de la distinción entre derechos de libertad y derechos de autonomía.

En tercer lugar, y sobre todo, entre estas dos clases de derechos existen diferencias estructurales que sólo el uso de dos términos diferentes permite mostrar. En efecto, mientras que los derechos de libertad, junto a los derechos sociales, son los derechos primarios o sustanciales sobre los que se funda, como veremos en el próximo capítulo, la dimensión sustancial, o sea, liberal y social de la democracia, los derechos de autonomía, tanto civiles como políticos, son los derechos secundarios o instrumentales sobre los que se funda su dimensión formal, o sea, civil y política, y la producción nomodinámica del entero derecho positivo. Y mientras los primeros encarnan simples inmunidades o *facultates agendi*, ejercitables por meros comportamientos no productores de efectos jurídicos, los segundos son *potestates agendi*, ejercitables mediante actos preceptivos que a su vez producen efectos en la esfera propia y ajena. Por ello, mientras que los derechos de libertad corresponden a todos, habitualmente no son conflictivos entre sí y no requieren normas sobre la producción de los comportamientos que constituyen su ejercicio, los derechos de autonomía, al consistir en derechos-poder destinados a interferir y por tanto a entrar en conflicto con las esferas de otros sujetos, exigen capacidad de obrar y en el estado de derecho están sometidos a normas que, en garantía de los intereses públicos y de los derechos de todos, regulan formas y contenidos de los actos preceptivos en que se traduce su ejercicio.

El pensamiento liberal ha ignorado estas diferencias de estructura concibiendo las autonomías como libertades en vez de como poderes y por ello eludiendo el problema de la sujeción de su ejercicio a límites y a vínculos sustanciales. Se comprende así por qué el paradigma garantista del estado de derecho ha sido concebido únicamente en referencia

a la relación entre Estado y ciudadano y no también a las relaciones que asimismo se entablan en la sociedad civil entre poderes privados y libertades individuales: porque, evidentemente, ha permanecido oculta e incomprendida la asimetría estructural entre autonomía y libertad —entre los derechos de autonomía que son poderes y los derechos de libertad que no lo son— cuyo reconocimiento es en cambio el presupuesto del desarrollo de una teoría garantista del derecho civil no menos que del derecho público: en otras palabras, de una doctrina de los límites a los poderes del mercado no menos que a los poderes del Estado.

En la segunda parte del capítulo XIV volveré ampliamente sobre esta fundamental distinción que, como se verá, representa la base para la teorización de un constitucionalismo de derecho privado. Ahora me limito a constatar que la concepción (liberista) de los derechos-poder de autonomía como derechos de libertad ha terminado por favorecer, en nombre de la libertad, la intolerancia a los límites y controles y las vocaciones absolutistas de las potestades propietarias y empresariales, similar y paralela a la de los poderes políticos mayoritarios generada por la análoga concepción (populista) de los derechos políticos como derechos de libertad igualmente ilimitados. Y que el resultado inevitable de esta doble ausencia de límites y controles —a los poderes económicos del mercado y a los poderes políticos mayoritarios— es la concentración de los dos poderes, el uno como medio para conquistar y acrecentar el otro, y por ello también una tendencial disolución de la esfera pública: esfera que, al consistir en un sistema de límites y vínculos impuestos a la libertad salvaje en tutela de los derechos y de los intereses de todos, es por naturaleza heterónoma, y no puede, por definición, ser producida espontánea y autónomamente por la dinámica del mercado.

Hay además una segunda distinción ya adelantada: la que se traza, dentro de la clase de los específicos derechos individuales que son los derechos de libertad (T11.61, D11.15), entre *libertades ‘frente a’* (D11.12) y *libertades ‘de’* (D11.13). Mientras que los derechos de ‘libertad frente a’ o inmunidades fundamentales son derechos pasivos cuyo ejercicio resulta imposible (T11.78), los derechos de ‘libertad de’ son derechos activos, cuyo ejercicio bien puede interferir con las libertades de otros (T11.79). De donde se deduce que los primeros, mientras no encuentran ningún límite, no pudiendo lógicamente interferir con ningún otro derecho, representan un límite al ejercicio de los segundos, que nunca pueden tener por objeto su lesión. La libertad de información, por ejemplo, encuentra como límite aquel derecho de inmunidad que es la *privacy*; la libertad de prensa y de expresión del pensamiento no puede extenderse hasta lesionar, mediante injurias o difamaciones, la dignidad o la reputación de las personas; la libertad de religión, entendida en el sentido de difundir la propia religión, no puede coartar la libertad de conciencia. Éste es el sentido de la célebre definición kantiana del derecho como garantía de la convivencia de las libertades de todos³⁰. La libertad de cada uno, según esta tesis, termina donde comienzan las libertades de los de-

más: pero terminan solamente las libertades-facultad o 'libertades de', y no las libertades-inmunidad, como por ejemplo la libertad de conciencia o de pensamiento, consistentes sólo en expectativas negativas de no lesión. Se trata claramente de dos libertades diferentes, siendo diferente su objeto: en el primer caso (también) la realización de un comportamiento propio, en el segundo (sólo) la omisión de un comportamiento ajeno. En suma, las 'libertades frente a' son libertades susceptibles de ser lesionadas por el ejercicio no sólo de los poderes públicos o privados, sino también de las 'libertades de' (T11.80). Por ello, como mejor se verá en el § 13.14 y en los capítulos XIV y XV, debe hablarse, también en este caso, no ya de posibles conflictos entre 'libertades de' y 'libertades frente a', sino de límites impuestos por las segundas al ejercicio de las primeras.

T11.78 (y)(LDAy \rightarrow (DPSy \cdot \neg M(\exists x)(COMx \cdot ESExy)))

D11.12, D10.27, T10.144, D2.8

T11.79 (y)(LDIy \rightarrow (DATy \cdot M(\exists x)FACyx))

D11.13, D10.26, D10.24

T11.80 (y')(LDAy' \rightarrow (DINy' \cdot \neg FACy' \cdot M(\exists x)(\exists y'')(ASPy' \cdot Lx \cdot LESxy' \cdot

\neg (LDIy'' \cdot ESExy'' \cdot FACy''x))))

T11.56, T2.61, T2.30, T11.57

Se clarifica así la distinta fenomenología de los dos tipos de libertad, ligada al hecho de que las 'libertades de' están asociadas a facultades, lo que no ocurre con las 'libertades frente a', que no admiten ningún ejercicio ni pueden por tanto dañar a nadie: no se pueden ejercer el derecho a la vida, la libertad de conciencia, la inmunidad frente a la tortura o el *habeas corpus*. Esta diferencia estructural y fenomenológica se refleja y al propio tiempo es ulteriormente iluminada por dos tipos de límites, alternativos entre sí, admitidos por las dos libertades: los *límites físicos*, consistentes en constricciones cuya actuación es confiada a la coacción externa, y los *límites deónticos*, consistentes en prohibiciones, cuya actuación es confiada ante todo a la autolimitación de sus destinatarios. Las 'libertades frente a' no admiten límites deónticos, esto es, prohibiciones sobre sus titulares, no admitiendo comportamientos que constituyan su ejercicio y que puedan ser prohibidos, sino sólo límites físicos, como por ejemplo las penas o las medidas cautelares personales, aplicadas coercitivamente sobre la base de las garantías penales y procesales. Al contrario, 'las libertades de' no consienten límites físicos, es decir, constricciones, resultando siempre posible su ejercicio (o cuando menos intentarlo), sino sólo límites deónticos, o sea justamente la prohibición, en garantía generalmente de las 'libertades frente a'. Pero los límites físicos, a causa del monopolio público de la fuerza, no pueden nunca provenir del ejercicio de las 'libertades de', siempre limitadas por —y nunca límites ellas mismas de— 'las libertades frente a'. La división de los derechos de libertad en 'libertades frente a' y 'libertades de' (D11.15) transforma así la tripartición de las libertades operada en el § 1.6 en una cuatripartición —'libertades frente a', 'libertades de', autonomías y meras libertades— articulada, como se verá mejor en los §§ 15.1 y 15.7, según

la siguiente jerarquía: en el vértice las libertades-inmunidad fundamentales, como límites al ejercicio de las libertades-facultad fundamentales y, junto a éstas, al ejercicio de los derechos de autonomía, mediante el que son limitables sólo las meras libertades.

Cabe construir lógicamente la misma división cuatripartita también a partir de las libertades de nivel inferior. Las meras libertades, las que sobreviven en el *silentium legis*, no pueden dejar de ser limitadas por el derecho positivo: es decir, por los negocios que son ejercicio de los derechos de autonomía privada y por las leyes y otras disposiciones públicas con las que, mediante la representación, se ejercen en un sistema democrático los derechos políticos de autonomía política. En efecto, todo acto preceptivo, de acuerdo con la obvia observación de Bentham recordada desde el § 2.4, limita las libertades naturales; donde se quiera salir del estado de naturaleza, tales libertades no pueden dejar de estar jurídicamente limitadas, pues lo contrario sería equivalente a la libertad salvaje y a la ley del más fuerte cuya supresión, según el paradigma hobbesiano, constituye la primera razón social del artificio jurídico. De otro lado, el ejercicio de los derechos de autonomía tampoco puede dejar de estar a su vez limitado por normas no sólo formales sino también sustantivas sobre su producción (T11.76), como las que adscriben los derechos de libertad y los propios derechos de autonomía. En efecto, un mercado sin límites a través del ejercicio de los derechos de autonomía privada, llevaría consigo la posibilidad de alienar estos mismos derechos, y con ello de arruinar el propio mercado. Y una legislación sin límites permitiría a la mayoría, democráticamente elegida a través del ejercicio de los derechos de autonomía política, suprimir el propio sistema democrático, incluidos los mismos derechos políticos de autonomía. Por ello, más allá de su rango constitucional, todos los derechos fundamentales, y específicamente los derechos individuales de libertad, son y se mantienen como tales en cuanto queden sustraídos, como derechos indisponibles, al ejercicio de los derechos de autonomía. En fin, dentro de la clase de los derechos de libertad, las ‘libertades frente a’ o inmunidades fundamentales, desde la libertad de conciencia hasta el *habeas corpus*, al no ser ejercitables por ningún acto o comportamiento, no entran en concurrencia y no pueden por ello ser limitadas, o sea, violadas por la ‘libertad de’ (T11.78, T11.80), configurándose al contrario como un límite a su ejercicio.

11.7. *Los derechos patrimoniales. Cuatro diferencias de estructura entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales.* *Los derechos comunitarios*

Aún más importante es la tercera distinción que procede analizar ahora: la que existe entre los derechos de libertad y el derecho real de propiedad, dentro de la más general distinción entre *derechos fundamentales*

y *derechos patrimoniales*. La diferencia entre estas dos clases de derechos es ciertamente todavía más radical, residiendo en el hecho de que los derechos patrimoniales, al tener por objeto bienes o prestaciones concretamente determinados³¹, son por un lado *singulares* en lugar de *universales*, y por otro lado *disponibles* en lugar de *indisponibles*. Y mucho más grave, y no menos preñada de implicaciones prácticas, es su confusión. En efecto, como se ha indicado, mientras que los derechos fundamentales y sus frágiles garantías están en la base de la igualdad jurídica, los derechos patrimoniales —para los que además el derecho positivo, aunque sólo sea por su milenaria tradición, ha elaborado técnicas de garantía bastante más eficaces— están en la base de la desigualdad jurídica.

Precisamente, el rasgo estructural de los derechos patrimoniales es la disponibilidad, a su vez conectada a la singularidad: estos últimos, contrariamente a los derechos fundamentales, no están establecidos inmediatamente en favor de sus titulares por normas téticas, sino predispuestos por normas hipotéticas como efectos de los actos de adquisición o disposición por ellas previstos. Definiré pues como '*disponible*' todo derecho subjetivo singular no dispuesto por normas téticas sino predispuesto por normas hipotéticas como efecto de los actos por ellas previstos. Y llamaré '*derecho patrimonial*' a cualquier derecho disponible.

D11.18 '*Disponible*' es todo derecho subjetivo singular no inmediatamente dispuesto por una norma tética, sino predispuesto por una norma hipotética como efecto del acto por ella hipotizado.

(y)(DISy \equiv ($\exists x$)($\exists r$)(DIRy · SINy · \neg NTEy · REGry · NIPrx · EFFyx · ATTx))

D11.19 '*Derecho patrimonial*' es todo derecho disponible.

(y)(DPAy \equiv (DIRy · DISy))

De aquí se deriva una larga serie de tesis que permiten caracterizar a los derechos patrimoniales sobre la base de rasgos estructurales opuestos a los de los derechos fundamentales. Mientras que éstos son derechos universales (T11.8) porque conferidos inmediatamente por normas téticas a clases indeterminadas de personas (T11.16-T11.20), los derechos patrimoniales son derechos singulares y no ya universales (T11.81), porque pertenecientes a sus titulares con exclusión de los demás sobre la base de las normas hipotéticas que los prevén como efectos de actos a su vez singulares (T11.82). Son además, por definición, derechos disponibles (T11.83), mientras que no lo son los derechos fundamentales, cuya indisponibilidad es evidentemente un corolario de su universalidad, o sea, de la indisponibilidad de las normas téticas, en cuanto tales heterónomas, de las que son expresión (T11.84). Se dividen, en fin, como todos los derechos subjetivos (D10.20), en dos grandes clases: los dere-

chos negativos consistentes en expectativas de no lesión, y los derechos positivos consistentes en expectativas de prestación (T11.85), correspondientes, como se verá en el próximo parágrafo, los unos a los derechos reales y los otros a los derechos personales o de crédito.

T11.81 (y)(DPA_y → (SIN_y · ¬UNI_y)) D11.19, D11.18, T10.186

T11.82 (y)(DPA_y → (∃x)(∃r)(DIR_y · ¬NTE_y · REG_r · NIP_r · EFF_y · ATT_x))
D11.19, D11.18

T11.83 (y)(DPA_y → DIS_y) D11.19

T11.84 (y)((DFO_y ∨ UNI_y ∨ NTE_y) → ¬DIS_y) T11.8, T10.186, D11.18

T11.85 (y)(DPA_y → ((DNE_y · M(∃x)(ASPy_{⊥x} · LES_{xy})) ∨ (DPO_y · M(∃x)(ASPy_x · PRT_{xy})))) D11.19, D10.20, D10.21, D10.22

Pues bien, todo esto es exactamente lo contrario de lo que representan los derechos fundamentales. Las dos clases de derechos se hallan por ello en relación de contrariedad: los derechos fundamentales no son jamás patrimoniales (T11.86) y viceversa (T11.87). Identificaré entre ellos cuatro diferencias de estructura, ya sumariamente enunciadas, que conviene ahora recapitular y ulteriormente analizar.

T11.86 (y)(DFO_y → (DIR_y · ¬DPA_y)) T11.1, T11.83, T11.84

T11.87 (y)(DPA_y → (DIR_y · ¬DFO_y)) D11.19, T11.86

La primera diferencia, especificada en las definiciones D11.1 y D11.19, reside en el hecho de que los derechos fundamentales —de los derechos de libertad al derecho a la vida, de los derechos civiles a los políticos y sociales— son derechos ‘universales’ (T11.8), en el sentido lógico de que pertenecen igualmente a todos sobre la base de la simple identidad de cada uno como persona y/o ciudadano y/o capaz de obrar; mientras que los derechos patrimoniales —del derecho de propiedad a los otros derechos reales y a los derechos de crédito— son derechos ‘singulares’ (T11.81), en el sentido igualmente lógico de la cuantificación existencial de sus titulares, en virtud de la cual para cada uno de ellos existe un titular o varios cotitulares determinados, con exclusión de todos los demás. Los primeros son por ello inclusivos, los segundos exclusivos, o sea, *excludendi alios*. Los unos forman la base de la igualdad jurídica, que es precisamente, como dice el artículo 1 de la Declaración de 1789, una «*égalité en droits*». Los otros se hallan en cambio en la base de la desigualdad jurídica, que es asimismo una «*inégalité en droits*». Universalidad de unos y singularidad de otros resultan independientes de su contenido. Los derechos patrimoniales tienen ciertamente un contenido económico, comenzando por los derechos reales de propiedad, que entran a formar parte del patrimonio de sus titulares como derechos exclusivos sobre determinados bienes o a determinadas prestaciones. Pero asimismo tienen un contenido económico muchos derechos sociales fundamentales, como el derecho a la asistencia, a la seguridad social, a la salud, a la alimentación o a una renta básica mínima, atribui-

dos universalmente a todos en cuanto personas o ciudadanos, bien que en presencia, algunas veces, de determinados presupuestos (de edad, de enfermedad, de indigencia o similares) (T11.13).

La segunda diferencia, no menos relevante, se halla conectada a la primera. La definición D11.19 nos dice que los derechos patrimoniales son siempre disponibles (T11.83), mientras que no lo son los derechos fundamentales (T11.84). A diferencia de los derechos patrimoniales, que aparecen como alienables, negociables y transigibles, los derechos fundamentales —sean de la persona o del ciudadano, primarios o secundarios, individuales o sociales— son pues indisponibles, o sea, están sustraídos al mercado, y son de distinto modo inderogables, según sea su rango constitucional o legislativo, por las decisiones públicas. Concretamente, en razón de su *indisponibilidad*, no son alienables por el sujeto titular: no puedo vender mi libertad personal, o mi derecho de sufragio y menos aún mi propia autonomía contractual. En virtud de su *inderogabilidad*, no son expropiables o limitables por otros sujetos, empezando por el Estado; ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede privarme de la vida, de la libertad o de los propios derechos de autonomía³². Se trata, evidentemente, de una diferencia en gran parte conectada a la primera, o sea, al carácter singular de los derechos patrimoniales y al carácter universal de los fundamentales. En efecto, los derechos patrimoniales son singulares en cuanto, y sólo en cuanto, pueden ser objeto de cambio en la esfera del mercado, además de objeto de expropiación por razones de utilidad pública —por ejemplo, en el ordenamiento italiano lo prevé el artículo 42, 3 de la Constitución—. A la inversa, los derechos fundamentales son universales en cuanto quedan excluidos de la esfera de la disponibilidad, tanto privada como pública, no pudiendo nadie privarse ni tampoco ser privado o menoscabado en los mismos (si no en forma de pena legalmente prevista y regulada, como se verá en su momento) sin con ello dejar de ser universales y, por tanto, fundamentales.

La tercera diferencia es una consecuencia de la segunda y se refiere a las causas de las que son efectos las dos clases de derechos y consecuentemente a la distinta estructura de los principios de legalidad y de legitimidad a que se hallan sometidos. Los derechos fundamentales son indisponibles por cuanto consisten inmediatamente en reglas heterónomas (T11.16) y precisamente en normas *tético-deónticas* (T11.20), no alterables ni por su ejercicio ni por sus violaciones³³. Son en suma *ex lege* y no *ex contractu*, obteniendo su título a partir no ya de actos singulares sino de *fuentes normativas* (T8.19) como son, por ejemplo, en el caso de los derechos sancionados por la constitución, el acto constituyente del que ésta emana y, en los otros casos, la legislación ordinaria. Los derechos patrimoniales, al contrario, justamente porque en ocasiones disponibles, son no ya (conferidos directamente por normas), sino que suponen normas, o sea, normas *hipotético-deónticas* que hipotéticamente los predisponen como efectos de los actos por ellas previstos como títulos de los mismos (T11.82). Están pues, por su propia naturaleza,

subordinados a *vicisitudes* contingentes, como efectos de *actos singulares* —negocios o disposiciones de la autoridad pública, o también actos informales, como la ocupación o el hallazgo de tesoros, o incluso actos ilícitos, generadores de un derecho al resarcimiento por daños— no ya directamente normativos sino a su vez regulados por normas. Piénsese en las normas del código civil: al contrario que las normas constitucionales o las penales, que inmediatamente establecen las primeras derechos y las segundas prohibiciones, aquéllas no disponen directamente derechos u obligaciones, sino que los predisponen como efectos de los actos por ellas hipotizados.

Hay en fin una cuarta diferencia, conectada a las anteriores y no menos relevante para el análisis de la estructura del estado constitucional de derecho. Mientras que los derechos patrimoniales se insertan en secuencias que según la interpretación ofrecida en el § 6.7 son de tipo *horizontal*, los derechos fundamentales se insertan en secuencias que según la otra interpretación entonces presentada son de tipo *vertical*: en el sentido de que las relaciones jurídicas mantenidas por los titulares de los primeros son relaciones intersubjetivas de tipo *civilista* —contratual, sucesorio o similar— mientras que las establecidas por los titulares de los segundos son sobre todo relaciones de tipo *publicista*. Concretamente: así como los derechos patrimoniales se corresponden con la genérica prohibición de lesión por parte de terceros (en el caso, como se verá, de los derechos reales) o bien con obligaciones de débito por parte de individuos determinados (en el caso, como se verá, de los derechos personales), a los derechos fundamentales corresponden prohibiciones y obligaciones a cargo ante todo del Estado, cuya violación —en virtud de la estructura vertical del ordenamiento y del grado supraordenado que por lo común presentan las normas constitucionales que confieren tales derechos— es causa de invalidez de la ley y de las demás disposiciones de la autoridad pública. «La declaración de derechos contiene las obligaciones de los legisladores», afirma el artículo 1 de la sección «Deberes» de la Constitución francesa del Año III. Y es precisamente en ese conjunto de obligaciones, o sea, de límites y de vínculos diseñados para la tutela de los derechos fundamentales, donde situaremos en su momento la *esfera pública* del estado constitucional de derecho, así como la que llamaré dimensión «sustancial» de la democracia; en tanto que las secuencias horizontales generadas por las relaciones patrimoniales pertenecen a la que será identificada como *esfera privada* de la vida de relación jurídica.

Todas estas diferencias, y no sólo la primera, presentan un carácter formal, no distinto del resto de nuestras definiciones. Nada dicen sobre el contenido de los derechos patrimoniales o de los derechos fundamentales. Simplemente nos dicen que los derechos fundamentales son universales, es decir, conferidos inmediatamente a clases de sujetos por normas téticas, de manera que en caso contrario, cualquiera que sea su contenido, no serían fundamentales; que, por otra parte, objeto de disposición y de contingencias son los derechos patrimoniales; y que,

por tanto, dada la oposición entre ambos tipos de derechos, no lo son los derechos fundamentales. Es verdad que en nuestros ordenamientos el derecho a la vida y a la libertad personal son derechos fundamentales por ser reconocidos a todos y, por tanto, no patrimoniales ni disponibles. Pero esto no depende de su intrínseca naturaleza. Podemos desde luego imaginar un ordenamiento en el cual tales derechos fueran disponibles: pero en tal caso no serían fundamentales, sino justamente patrimoniales, dado que su posible disposición —por ejemplo la venta de uno mismo como esclavo— privaría de ellos a sus titulares, revelando así su carácter de derechos singulares.

Se manifiesta de este modo un ulterior perfil de la igualdad en los derechos fundamentales y de la desigualdad en los patrimoniales. Los derechos fundamentales son iguales no sólo en el sentido de que pertenecen a todos, sino también en el sentido de que les pertenecen invariable y normativamente en igual forma y medida. Los derechos patrimoniales son en cambio desiguales en el doble sentido de que son contingentes y mudables a causa de las vicisitudes a las que están sometidos, tanto en los titulares como en los contenidos. Éstos se acumulan y se extinguen, aquéllos permanecen siempre iguales a sí mismos. Todos somos igualmente libres de manifestar nuestro pensamiento o igualmente inmunes frente a las detenciones arbitrarias. Pero cada uno de nosotros es propietario o acreedor de cosas distintas y en diferente medida. Se puede ser y llegar a ser más o menos rico, mientras que no se puede ser ni devenir más o menos libre. Los derechos patrimoniales, al tener por objeto cosas o prestaciones patrimoniales, se adquieren, se cambian y se venden. Los derechos fundamentales, al contrario, no se cambian ni se acumulan. Unos son alterables en su cantidad y calidad y acaso es posible que se extingan por su ejercicio; los otros permanecen invariables, cualquiera que sea su ejercicio. Se consume, se vende, se permuta o se da en arriendo una cosa que se posee. No se consumen en cambio, y tampoco pueden venderse, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, o los derechos civiles y políticos, a menos que se transformen en derechos patrimoniales.

Por ello la indisponibilidad, la no sujeción a contingencias, la inderogabilidad, la producción *ex lege* y el carácter tético-deóntico son características formales y estructurales de los derechos fundamentales en no menor medida que su universalidad: porque tales derechos se transformarían en patrimoniales si fuesen objeto de disposición o de otras contingencias. Se explica de este modo que tales derechos se encuentren sustraídos tanto a las decisiones políticas como al mercado. Ni siquiera voluntariamente se puede renunciar a los derechos fundamentales: que comportan por ello un límite insuperable al ejercicio de los propios derechos de autonomía, sean civiles o políticos. En todo esto no hay nada de paternalista³⁴. Si fuera posible disponer de los derechos de libertad o de autonomía, no solamente éstos se transformarían en derechos patrimoniales, sino que se produciría el colapso del liberalismo mismo, de la democracia misma y hasta del propio mercado. Si fuésemos libres de

alienar nuestra libertad personal o las demás libertades fundamentales, estas libertades valdrían menos como libertades de todos. Si los derechos sociales fuesen disponibles, dejarían de ser normas y se convertirían en mercancías hasta desaparecer como derechos. Si estuviera consentido a la mayoría privar a la minoría de los derechos políticos, sería el final de la democracia política. Y lo mismo puede decirse de los derechos civiles: si se consintiera la alienación de la autonomía negocial sucumbiría el mercado y con ello la autonomía civil. En aparente paradoja, son lógicamente necesarios límites al ejercicio de los derechos de autonomía, tanto civiles como políticos, para garantizar, en suma, no sólo los otros derechos fundamentales, sino también la propia conservación de aquéllos.

Finalmente, es preciso añadir que la distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales no es exhaustiva del conjunto completo de los derechos subjetivos. En efecto, existen derechos que no son ni fundamentales ni patrimoniales. Me limito a identificar una clase: la de los llamados '*derechos colectivos*', que podemos mejor denominar, allí donde pertenecen únicamente a sujetos colectivos, '*derechos comunitarios*'³⁵. Se trata de derechos muy distintos a aquellos otros que, aun cuando su ejercicio concurre a formar un 'acto colectivo' en el sentido precisado en la tesis T7.79, son siempre imputados a individuos singulares en cuanto tales: como el derecho de sufragio, el derecho de huelga y el derecho de reunión y de asociación, que son claramente derechos fundamentales individuales. En efecto, la expresión *derechos colectivos*, en el significado de 'colectivo' estipulado en la definición D3.8 y después en las tesis T3.46, T3.47 y T7.80-T7.84, designa —más allá de las variadas formas de copropiedad o de los derechos reales procedentes de los llamados «usos civiles»— aquellos derechos atribuidos por normas réticas a comunidades, esto es, por así decir, a «macrosujetos»³⁶ o a sujetos jurídicos colectivos (T7.79) de tipo nacional, cultural o de otro tipo. Piénsese en el derecho de autodeterminación de los pueblos previsto en los dos Pactos internacionales de 1966, del que hablaré en el § 16.19, que obviamente no es patrimonial, y que sin embargo, si es entendido en el sentido de «derecho a constituirse en Estado», no resulta tampoco fundamental al no ser universalizable; o bien pensemos en la llamada «soberanía popular», que «pertenece al pueblo», como dice el primer artículo de la Constitución italiana, y consiguientemente a nadie más. Pero cabe pensar también en el derecho subyacente a la expresión «patrimonio común de la humanidad»; o incluso en algunas formas de propiedad común imputadas a (o reivindicadas por) comunidades indígenas sobre sus tierras. A partir de nuestras definiciones, resulta claro que estos derechos no son fundamentales, por no ser universalizables, ni mucho menos son patrimoniales, al no ser ni disponibles ni atribuibles a sujetos individuales nominativamente determinados.

Un discurso en parte distinto debe hacerse para los denominados '*derechos culturales*', como por ejemplo el derecho de algunas minorías o comunidades lingüísticas o religiosas a la enseñanza de su lengua en la

escuela pública o al respeto de sus costumbres o solemnidades religiosas. También estos derechos pueden ser llamados «colectivos» porque atribuidos colectivamente a la minoría y singularmente a los sujetos que pertenecen a la misma. Sin embargo, a diferencia de los que acabamos de ejemplificar, que corresponden únicamente a sujetos colectivos, tales derechos son atribuidos universalmente, como derechos fundamentales, a los componentes de la minoría o comunidad en cuanto personas o ciudadanos, en aplicación del principio de igualdad, y precisamente de la prohibición de discriminación de la que hablaré en el § 11.14. En otras palabras, allí donde no consistan en privilegios, todos estos derechos no son más que los mismos derechos de libertad o sociales —de culto, al uso y al estudio de la propia lengua, a la defensa y a la práctica de las propias tradiciones— conferidos a quienes pertenecen a la mayoría; de manera que su reconocimiento como derechos (también) de las minorías equivale a la ausencia de discriminaciones³⁷.

Por lo demás, el principal instrumento de protección de una cultura no es en verdad el reconocimiento de específicos derechos culturales. Las diferencias culturales y el pluralismo de las culturas, como mejor se verá en el § 13.11, se hallan garantizados esencialmente por el principio de igualdad jurídica *en droits*, en virtud del cual toda persona es un individuo diferente de todos los demás y una persona igual también a todas las demás. En este sentido, las diferencias culturales están tuteladas por los derechos de libertad, que son esencialmente derechos a la (tutela y al respeto de la propia) identidad diferente. No olvidemos que son típicamente «culturales» derechos como la libertad de conciencia y la libertad religiosa y de culto, de las que se hablará en el § 15.3 y que, no por casualidad, fueron los primeros derechos de libertad conquistados en nombre de la tolerancia, del pluralismo y del igual valor y respeto de todas las distintas culturas.

11.8. *Derechos reales y derechos personales. La propiedad como derecho civil y la propiedad como derecho real*

Según una clásica distinción romanista, retomada y desarrollada por la pandectística y compartida por toda la doctrina civilista, los derechos patrimoniales se dividen en dos clases —los derechos reales y los derechos personales— correspondientes a las dos grandes clases que componen la suma lógica con que he definido los derechos subjetivos (D10.20, T11.85). Son '*derechos reales*' los derechos patrimoniales absolutos (o *erga omnes*) a la no lesión (del disfrute y de la disponibilidad) de un bien, por eso llamados también '*derechos sobre*' los bienes que constituyen su objeto. Son '*derechos personales*' los relativos (o *erga singulum*) a una prestación de otros, tenga o no por objeto un bien³⁸. Correlativamente, podremos definir las *obligaciones civiles* como las obligaciones de prestación (atribuidas a los «deudores»), cuyo cumplimiento satisface los

derechos personales correspondientes (atribuidos a los «acreedores»)³⁹. Definiré en fin, siquiera sea en términos provisionales, *negocio jurídico* como cualquier acto preceptivo de disposición realizado en el ejercicio de la autonomía privada.

D11.20 '*Derechos reales*' son los derechos patrimoniales absolutos, teniendo por objeto bienes y consistiendo en la expectativa de su no lesión.

$(y)(DREy \equiv (DPAy \cdot ASSy \cdot (\exists w)(OGGwy \cdot BENw \cdot M(\exists x)(ASPy \perp x \cdot LESxy))))$

D11.21 '*Derechos personales*' son los derechos patrimoniales relativos, consistentes en la expectativa de una prestación.

$(y)(DPEy \equiv (DPAy \cdot RELy \cdot M(\exists x)(ASPyx \cdot PRTxy)))$

D11.22 '*Obligaciones civiles*' son las obligaciones cuya obediencia satisface un derecho personal.

$(y''(x)(OBZy''x \equiv (\exists y')(OBLy''x \cdot OTTxy'' \cdot SODxy' \cdot DPEy'))$

D11.23 '*Negocio*' es todo acto preceptivo que sea ejercicio de autonomía privada.

$(x)(y''(NEGxy'' \equiv (\exists y')(APRxy'' \cdot DISy'' \cdot ESExy' \cdot AUCy'))$

Tenemos pues una distinción de los derechos patrimoniales que reproduce, al igual que la de los derechos fundamentales en individuales y sociales (T11.52), la distinción general de los derechos en negativos y positivos (T10.141). Son *derechos reales*, en particular, la propiedad y la posesión, que aquí no definiré pero que sin duda puede decirse que son derechos negativos y absolutos (T11.88), respectivamente derechos-potestad y derechos-facultad, al consistir la primera en la potestad de su alienación y la segunda en la sola facultad de su uso y disfrute. Son *derechos personales* los derechos de crédito, que son en cambio derechos positivos y relativos (T11.89).

T11.88 $(y)(DREy \rightarrow (DPAy \cdot DNEy \cdot ASSy))$

D11.20, D10.22

T11.89 $(y)(DPEy \equiv (DPAy \cdot DPOy \cdot RELy))$

D11.21, D10.21

Entrelazando la distinción entre derechos fundamentales (*omnium*) y derechos patrimoniales (*singuli*) con la formulada entre derechos negativos (generalmente *erga omnes*) y derechos positivos (por lo común *erga singulum*), obtenemos cuatro clases de derechos: los derechos individuales, que son los derechos fundamentales negativos (D11.11); los derechos sociales, que son los derechos fundamentales positivos (D11.10); los derechos reales, que son los derechos patrimoniales negativos (T11.90); y los derechos personales, que son los derechos patrimoniales positivos (T11.91).

Derechos (DIR)	Derechos negativos (DNE)	Derechos positivos (DPO)
Derechos fundamentales (DFO)	Derechos individuales (DIN)	Derechos sociales (DSO)
Derechos patrimoniales (DPA)	Derechos reales (absolutos) (DRE)	Derechos personales (relativos) (DPE)

Se trata de una clasificación incompleta por no ser exhaustiva, existiendo derechos que no son fundamentales ni patrimoniales, como los derechos comunitarios recordados en el parágrafo anterior, y derechos patrimoniales que no son reales ni personales, como los derechos de injerencia y de control que pertenecen por ejemplo a los socios de una sociedad mercantil⁴⁰. Sin embargo, si se integra con la tipología general de los derechos formulada al final del § 10.12 y con la de los derechos fundamentales enunciada en los §§ 11.4 y 11.5, esta clasificación contribuye a dibujar el mapa de conjunto de los derechos subjetivos. En efecto, la distinción entre derechos reales y derechos personales, al igual que la señalada entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales (T11.86 y T11.87), es una distinción alternativa (T11.90 y T11.91) bajo un doble perfil: por la relación de contrariedad que media tanto entre los derechos positivos y los negativos (T10.131, T10.132), como entre los derechos absolutos y los relativos (T10.187). De aquí se derivan dos tesis tan simples como importantes: mientras que los derechos reales, siendo derechos negativos, encuentran su garantía primaria en las prohibiciones universales contra su lesión (T11.92), los personales, siendo positivos, encuentran su garantía primaria en las obligaciones, y precisamente en las obligaciones singulares de las prestaciones correspondientes (T11.93). Consecuentemente, los primeros no experimentan modificación, mientras que los segundos se extinguen por la obediencia a sus garantías.

- T11.90 (y)(DREy → (DPAy · ¬DPEy))

T11.91 (y)(DPEy → (DPAy · ¬DREy))

T11.92 (y')(DREy' → M(∃y'')(∃x)(GAPy''y' · DIVy''x · UNIy'' · LESxy'))
- D11.20, D11.21, T10.187

D11.20, D11.21, T10.187

T11.88, T10.226
- T11.93 (y')(DPEy' → M(∃y'')(∃x)(GAPy''y' · OBZy''x · SINy'' · PRTxy'))

T11.89, T10.229, D10.28, D11.22, T2.75, D10.18, T5.16, D2.9, D2.11

Ahora estamos en condiciones de analizar la cuarta distinción prefijada en el § 11.6: la que separa el derecho de *propiedad como derecho real* patrimonial del derecho de *propiedad como derecho civil* fundamental. En el uso corriente estas dos nociones —la propiedad como «ilimitado y exclusivo dominio de una persona sobre una cosa», según la clásica definición de Savigny, y la propiedad como derecho de adquirir y

disponer de los bienes de propiedad— aparecen por lo común confundidas. Recuérdense los pasajes ya citados de Locke, de Kant y de Marshall, así como el léxico de muchas cartas constitucionales⁴¹. Es la propia ambivalencia del término «propiedad» —unida a sus usos metafóricos y extensivos de los que he hablado en el § 10.10 (la propiedad de la propia persona, del propio cuerpo o de las propias acciones o similares)— la responsable de sus varios deslizamientos semánticos: la asimilación de la propiedad sobre bienes determinados a los derechos de libertad como propiedad sobre sí mismos y, por otra parte, a los derechos civiles de autonomía, es decir, de disponer de los bienes de propiedad. En cambio, ahora es posible identificar las diferencias estructurales de la propiedad como derecho real y de la propiedad como derecho civil, del mismo modo que los nexos que existen entre ellas.

Las diferencias estructurales son las mismas que existen entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales. Los derechos civiles de autonomía, incluido pues el de adquirir y disponer de los bienes de propiedad, son justamente derechos fundamentales (T11.71, T11.73), como tales universales e indisponibles (T11.8, T11.84), es decir, pertenecientes a todos en cuanto personas capaces de obrar (D11.8) y directamente dispuestos por las normas tético-deónticas que los prevén (T11.20). Al contrario, los derechos reales, y ante todo la propiedad sobre bienes determinados, son derechos patrimoniales, como tales singulares y disponibles (T11.94), es decir, pertenecientes a sus titulares con exclusión de los demás y predispuestos como efectos de las normas hipotético-deónticas que prevén los actos de los que traen causa (T11.82). Se trata por ello de dos clases de derechos no sólo distintas sino estructuralmente contrarias (T11.95, T11.96).

T11.94 (y)(DREy \rightarrow (DPAy \cdot SINy \cdot DISy))	D11.20, T11.81, T11.83
T11.95 (y)(AUCy \rightarrow (\neg DREy \cdot \neg DPAy))	T11.71, T11.73, T11.86, T11.94
T11.96 (y)(DREy \rightarrow (\neg AUCy) \cdot \neg DFOy))	T11.95, T11.86, T11.94

Gracias a estas relaciones de contrariedad podemos superar las ambigüedades que acompañan a la noción de propiedad en los usos corrientes. Cuando se habla —como por ejemplo en el artículo 2 de la *Déclaration* de 1789, en el *Segundo Tratado* de Locke, o en la tipología propuesta por Marshall— del «derecho de propiedad» como de un «derecho natural», «del hombre», «civil», «de ciudadanía» o de cualquier modo «fundamental» al mismo nivel que los derechos de libertad, se alude elípticamente al primero de estos derechos, que con respecto al segundo es, por así decirlo, un metaderecho: o sea, un derecho fundamental porque perteneciente a todos en cuanto personas, por completo diferente de los derechos reales sobre bienes determinados adquiridos o alienados gracias a aquél; del mismo modo que el derecho fundamental de inmunidad frente a lesiones injustas de la integridad personal es distinto del derecho personal de crédito al resarcimiento de un daño su-

frido en la propia integridad como consecuencia de un acto ilícito. En cambio, cuando se habla —como en el artículo 42 de la Constitución italiana— de los «modos de adquirir y disfrutar» de la propiedad, de los «límites» legales dirigidos a «asegurar la función social» y a «hacerla accesible a todos», de la posibilidad de que la misma sea «expropiada por motivos de interés general» y de los «límites de la sucesión legítima y testamentaria», nos referimos, evidentemente también, a la propiedad como derecho real patrimonial: singular en cuanto a la titularidad, diferenciado en cuanto a las cosas que constituyen su objeto y, sobre todo, adscrito no ya, como los derechos civiles, inmediatamente a todos en cuanto personas por las normas que los prevén, sino regulado por éstas en su modo de adquisición y disfrute, así como en los límites y en los vínculos conectados a los tipos de bienes que tienen por objeto.

Sin embargo, existe un nexo entre las dos clases de derechos. Los derechos reales, y en general los derechos patrimoniales, son disponibles y pueden ser creados, modificados, transferidos o extinguidos merced a la titularidad de los derechos civiles de autonomía cuyo ejercicio consiste precisamente en actos negociales (T11.97); algo que en cambio se halla excluido para los derechos fundamentales, que no son negociables, en el sentido de que no tienen jamás su título o causa en un negocio (T11.98), sino siempre y únicamente en una fuente normativa (T11.99). Por un lado, pues, los negocios jurídicos consisten en el ejercicio de la autonomía civil, y por ello de un derecho fundamental; por otro lado, tal ejercicio no incide mínimamente sobre los derechos fundamentales, al no tener nunca como efecto —entendido ‘efecto’, como se indicó en el capítulo V, en el sentido más lato, comprensivo no sólo de la constitución, sino también de la modificación y de la extinción de una situación jurídica— un derecho fundamental (T11.100).

T11.97	$(y')(x)((DPAy' \cdot EFFy''x \cdot NEGxy'') \rightarrow (\exists y')(ESExy' \cdot AUCy'))$	D11.23
T11.98	$(y)(DFOy \rightarrow \neg(\exists x)(EFFyx \cdot NEGxy))$	D11.23, T11.84
T11.99	$(y)(DFOy \rightarrow (\exists x)(CAUxy \cdot FONxy))$	T11.17, T8.19, D5.1
T11.100	$(x)(y')(NEGxy'' \rightarrow (\exists y')(ESExy' \cdot DFOy' \cdot AUCy' \cdot EFFy''x \cdot \neg DFOy''))$	D11.23, T11.71, T11.73, T9.60, T11.84

De esta forma, se revela asimismo el nexo que, a través de los derechos civiles de autonomía, liga a la igualdad y a la desigualdad jurídica. También los derechos civiles de autonomía, al pertenecer a todos en cuanto capaces de obrar, se hallan en la base de la igualdad *en droits fondamentaux*, del mismo modo que todos los demás derechos fundamentales. Con una diferencia respecto a los otros derechos fundamentales, vinculada precisamente a su unión con el derecho real de propiedad y con los demás derechos patrimoniales. Como veremos en los §§ 11.12 y 11.13, la igualdad en los derechos de libertad, políticos y sociales sirve para garantizar el igual respeto a todas las diferencias de identidad y la reducción de las desigualdades materiales. La igualdad en los derechos

civiles, al consistir en el igual derecho a disponer de los propios derechos patrimoniales y más en general de concluir contratos, de obligarse y de obligar, representa en cambio el principal vehículo, como se ha dicho en el § 7.4, de la diferenciación de las situaciones singulares y por ello de la multiplicación de las desigualdades jurídicas que son, a su vez, desigualdades en los derechos patrimoniales. También por esto, en el estado de derecho, el ejercicio de los derechos civiles está sometido a límites y a vínculos que no se justifican sin embargo para los derechos de libertad.

Naturalmente los actos que son causa de derechos patrimoniales y de obligaciones pueden ser de distinta naturaleza: no sólo actos negociales, sino también medidas administrativas, sentencias judiciales o incluso actos informales de los que surge para el perjudicado el derecho al resarcimiento por los daños causados o la ocupación originaria de un bien a título de propiedad. Para los fines de nuestro análisis, aquí he querido limitarme sólo a la clase sin duda más importante: la de los actos negociales, que son al propio tiempo ejercicio de los derechos fundamentales de autonomía privada y causa o título de los derechos patrimoniales; dimensiones de la igualdad jurídica junto a motores de la desigualdad jurídica; expresiones de la autonomía individual de las personas junto a factores de las relaciones sociales de poder entre los particulares.

11.9. *Los límites y los vínculos fundamentales como deberes negativos y positivos en garantía primaria de los derechos fundamentales*

En este punto podemos demostrar cómo en virtud de su forma lógica, o sea, de la cuantificación universal de los sujetos titulares, los derechos fundamentales vienen a configurarse como vínculos impuestos a las conductas de todos y, en particular, a la producción de normas subordinadas a las normas téticas que han dispuesto tales derechos. Gracias a esta forma lógica, la formulación como derechos fundamentales, en normas constitucionales de grado supraordenado a todas las demás, de las expectativas que reflejan intereses y necesidades vitales para *todos* —como la vida, la libertad y la supervivencia— constituye la técnica mediante la que esos intereses y necesidades se imponen como otros tantos límites y vínculos, por un lado frente a las meras libertades de los individuos y, por otro, frente a todos los poderes, tanto públicos como privados, ya sean expresión directa o indirecta de la voluntad de la mayoría manifestada con el ejercicio de los derechos políticos, o bien de las voluntades individuales manifestadas con el ejercicio de los derechos civiles de autonomía.

En efecto, como puede demostrarse a partir de las tesis T10.178 y T10.179, al ser los derechos fundamentales universales (*omnium*) (T11.9), les corresponden otros tantos deberes absolutos, es decir, *erga*

omnes (T11.101), que representan, como ya se ha dicho, su garantía (T11.14). Concretamente, a los derechos individuales, que son derechos fundamentales negativos (D11.11), corresponden como garantías primarias deberes absolutos negativos consistentes en prohibiciones de lesión (T11.102). A los derechos sociales, que son en cambio derechos fundamentales positivos (D11.10), corresponden como garantías igualmente primarias deberes absolutos positivos consistentes en obligaciones de prestación (T11.103). Además, por lo común los derechos individuales no son sólo universales sino también, en su cualidad de derechos negativos, absolutos o *erga omnes*, o sea, oponibles no sólo frente al Estado sino frente a todos; en consecuencia, a ellos corresponden prohibiciones de lesión no sólo absolutas sino también universales (*omnium*) concernientes a todos (T11.104).

T11.101	(y')(DFOy' \rightarrow ($\exists y''$)((M($\exists x$)DONy"x v M($\exists x$)DOPy"x) \cdot ASSy'))	
		T11.8, T10.141, T10.178, T10.179
T11.102	(y')(x)((DINy' \cdot DNEy'x) \rightarrow ($\exists y''$)(GAPy"y' \cdot DONy"x \cdot ASSy' \cdot DIVy"x \cdot LESxy'))	
		T11.8, D11.11, T10.222
T11.103	(y')(x)((DSOy' \cdot DPOy'x) \rightarrow ($\exists y''$)(GAPy"y' \cdot DOPy"x \cdot ASSy' \cdot OBLy"x \cdot PRTxy'))	
		T11.8, D11.10, T10.223
T11.104	(y')(x)((DINy' \cdot DNEy'x \cdot ASSy') \rightarrow ($\exists y''$)(GAPy"y' \cdot DONy"x \cdot UNly" \cdot DIVy"x \cdot LESxy'))	
		T10.226

Estos deberes son por ello no menos fundamentales que los derechos a los que sirven de garantía. Llamaré pues *límites fundamentales* a las garantías primarias de los derechos individuales consistentes en la prohibición de sus lesiones; *vínculos fundamentales* a las garantías primarias de los derechos sociales consistentes en las obligaciones de las respectivas prestaciones; y *deberes fundamentales* al conjunto de estas dos clases de garantías, ya sean límites o vínculos fundamentales.

D11.24 '*Límites fundamentales*' son las garantías primarias de los derechos individuales consistentes en las prohibiciones de lesión que a los mismos corresponden.

$$(y'')(x)(LFOy"x \equiv (\exists y')(GAPy"y' \cdot DINy' \cdot DIVy"x \cdot LESxy' \cdot ASPy' \perp x))$$

D11.25 '*Vínculos fundamentales*' son las garantías primarias de los derechos sociales consistentes en las obligaciones de prestación que a los mismos corresponden.

$$(y'')(x)(VFOy"x \equiv (\exists y')(GAPy"y' \cdot DSOy' \cdot OBLy"x \cdot PRTxy' \cdot ASPy'x))$$

D11.26 '*Deberes fundamentales*' son las garantías primarias de los derechos fundamentales consistentes o en límites o en vínculos fundamentales.

$$(y'')(x)(DOFy"x \equiv (\exists y')(GAPy"y' \cdot DFOy' \cdot (LFOy"x \vee VFOy"x)))$$

Dado el carácter exhaustivo de la distinción de los derechos fundamentales en individuales y sociales (T11.52), se deduce que los deberes fundamentales son el conjunto de los límites y de los vínculos fundamentales (T11.105), es decir, de las garantías primarias de todos los derechos fundamentales, sean individuales o sociales (T11.106). Concretamente, los derechos individuales encuentran sus posibles garantías primarias en límites fundamentales (T11.107), mientras que los derechos sociales lo hacen en vínculos fundamentales (T11.108). Retomando e integrando las tesis T11.102-T11.104, diremos que los primeros, al consistir en derechos negativos, tienen sus garantías primarias en los límites fundamentales consistentes en la prohibición absoluta, es decir, *erga omnes*, de su lesión (T11.109), mientras que los segundos, al consistir en derechos positivos, encuentran las mismas garantías en los vínculos fundamentales consistentes en la obligación, también *erga omnes*, de las prestaciones que los satisfacen (T11.110). Además, siendo los derechos individuales generalmente *erga omnes* y por tanto absolutos, los límites a ellos correspondientes como garantías primarias consisten en prohibiciones —piénsese en las normas penales primarias establecidas para la protección de la vida o de los demás derechos fundamentales— no solamente absolutas sino también universales, es decir, a cargo de todos (*omnium*) (T11.111).

T11.105 (y)(x)(DOFyx \equiv (LFOyx \vee VFOyx))

D11.26, D11.24, D11.25, T11.52

T11.106 (y'')(x)(DOFy"x \rightarrow ($\exists y'$)(GAPy'y' \cdot DFOy' \cdot (DINy' \vee DSOy')))

D11.26, T11.52

T11.107 (y')(DINy' \rightarrow M($\exists y''$)($\exists x''$)(GAPy'y' \cdot LFOy"x))

D11.24, D10.39, T11.53, T3.38, T2.61, T11.1

T11.108 (y')(DSOy' \rightarrow M($\exists y''$)($\exists x''$)(GAPy'y' \cdot VFOy"x))

D11.25, D10.39, T11.54, T3.38, T2.60, T11.1

T11.109 (y')(x)((DINy' \cdot DNEy'x) \rightarrow ($\exists y''$)(GAPy'y' \cdot LFOy"x \cdot DIVy"x \cdot

ASSy" \cdot LESxy'))

D11.24, T11.102, D10.22

T11.110 (y')(x)((DSOy' \cdot DPOy'x) \rightarrow ($\exists y''$)(GAPy'y' \cdot VFOy"x \cdot OBLy"x \cdot

ASSy" \cdot PRTxy'))

D11.25, T11.103, D10.21

T11.111 (y')(x)((DINy' \cdot DNEy'x \cdot ASSy') \rightarrow ($\exists y''$)(GAPy'y' \cdot LFOy"x \cdot

DIVy"x \cdot UNIy" \cdot LESxy'))

D11.24, T11.104, D10.22

Límites y vínculos, establecidos unos para la tutela de los derechos individuales y los otros para la tutela de los derechos sociales, condicionan y complican profundamente la estructura de todos los poderes públicos, confiriéndoles el carácter de *funciones*. E imprimen su sello en otros tantos modelos de estado de derecho. Los límites generados por los derechos individuales de libertad caracterizan al *estado de derecho liberal* en el que la acción del Estado está simplemente limitada por prohibiciones. En cambio, los vínculos derivados de los derechos sociales caracterizan la estructura bastante más compleja del *estado de derecho social*, donde la acción de los poderes públicos se encuentra no sólo

limitada por prohibiciones de no hacer sino vinculada por obligaciones de hacer. El primer modelo aparece dotado sólo de *garantías liberales negativas*, es decir, consistentes en prohibiciones, coherentemente con el fin del Estado liberal que es preservar, sin empeorar, las condiciones naturales de vida de las personas mediante la tutela de sus inmunidades y libertades fundamentales. El segundo modelo está en cambio dotado también de *garantías sociales positivas*, es decir, consistentes en deberes, coherentemente con el fin del Estado social que consiste no sólo en no empeorar sino también en mejorar las condiciones prepolíticas de vida de las personas, mediante la satisfacción de sus derechos sociales. Por tanto, gracias al conjunto de estos límites y vínculos el «estado constitucional de derecho» se configura como una compleja red de relaciones jurídicas que atan al Estado y a las demás instituciones políticas con la sociedad, funcionalizando todos los poderes públicos a la actuación de las expectativas reconocidas por su estatuto como fundamentales. En ese marco la obligación política, que en el modelo del «estado absoluto» constituye esencialmente una obligación de los ciudadanos frente al soberano, se convierte, principalmente, en una obligación del Estado frente a los ciudadanos.

De otro lado, las garantías constituidas por los límites fundamentales no pesan sólo sobre los poderes, tanto públicos como privados, sino también sobre las meras libertades, limitadas en particular por las prohibiciones a cargo de todos de no lesionar aquellas expectativas negativas que son los derechos individuales. En efecto —según nuestras tesis T10.178, T10.180, T10.222, T10.226— es evidente que tales límites, por corresponder a derechos fundamentales que no son sólo universales (*omnium*) sino también absolutos (*erga omnes*), consisten a su vez en prohibiciones no sólo absolutas o *erga omnes* (T11.102), es decir, frente a todos los que son titulares de los derechos por ellos garantizados, sino también universales, es decir, *omnium*, concerniendo a todos (T11.104, T11.111). De aquí, como se verá en el § 15.10, la centralidad que ha desempeñado el derecho penal en el origen del estado de derecho como instrumento de civilización de las relaciones sociales, así como la configuración de su modelo garantista como sistema de garantías primarias y secundarias: son garantías primarias las normas penales primarias o sustantivas que prohíben lesionar derechos como la vida, la libertad y la integridad personal y que justamente de esta función de tutela obtienen su legitimación; son garantías secundarias las normas penales secundarias o procesales, que prevén penas y procesos en caso de lesión de las garantías primarias y que, de otra parte, se configuran también, respecto al imputado, como garantías primarias de sus derechos de defensa y de inmunidad frente al arbitrio judicial. Desde ahora señalo que esto sería suficiente no sólo para excluir las hipótesis abolicionistas del derecho penal⁴² como contrarias a la función garantista del derecho, sino también para fundar, correlativamente a los derechos de libertad constitucionalmente establecidos, la obligación constitucional de prohibir su lesión⁴³.

A cargo de los sujetos privados hay también vínculos, además de límites fundamentales. Tales son las garantías, no sólo negativas sino también positivas, de los derechos fundamentales, y por ello indisponibles, establecidas en tutela de los trabajadores —de las libertades fundamentales a los derechos sindicales, del derecho a la retribución equitativa al derecho a las vacaciones y a la duración máxima de la jornada laboral— que gravan, como límites o vínculos, sobre los empresarios en relación con sus empleados. Lo mismo cabe decir de los deberes de cuidado y educación, que incumben a los padres en garantía de los correlativos derechos fundamentales de los hijos⁴⁴. Ciertamente, como veremos en la parte cuarta, los vínculos fundamentales son predominantemente deberes singulares a cargo del Estado y de otras instituciones públicas. Sin embargo, la idea de que los derechos fundamentales se den todos ellos únicamente frente (a los poderes) del Estado, y no también frente (a los poderes y a las libertades de los) particulares, corresponde a una visión restringida, paleo-liberal, del estado de derecho, conectada al prejuicio ideológico, ya señalado, que identifica los poderes sólo con los poderes públicos y la esfera privada con la esfera precisamente de las libertades.

11.10. *Bienes fundamentales y bienes patrimoniales.*

Bienes personalísimos, bienes comunes y bienes sociales.

Por una carta constitucional de los bienes fundamentales

Correlativamente a la distinción de los derechos en fundamentales y patrimoniales, distinguiré también los bienes en dos grandes clases, los *bienes patrimoniales* y los *bienes fundamentales*, según que sean objeto de derechos patrimoniales o de derechos fundamentales y concretamente de derechos primarios.

D11.27 '*Bien patrimonial*' es todo bien que sea objeto de un derecho patrimonial.

(w)(BPAw \equiv ($\exists y$)(BENw · OGGwy · DPAy))

D11.28 '*Bien fundamental*' es todo bien que sea objeto de un derecho fundamental primario.

(w)(BFOw \equiv ($\exists y$)(BENw · OGGwy · DFOy · DPRy))

No se trata de una distinción exhaustiva. Como se recordará, 'bien' fue definido en el § 7.11 como aquello que al menos sólo potencialmente —piénsese en las *res nullius* o en las *res derelictae*— es objeto no solamente de un derecho, sino más en general de una situación jurídica. El interés de nuestra distinción consiste ahora en la identificación de la noción de 'bienes fundamentales', ignorada por el léxico jurídico habitual pero indispensable para los fines de una teoría garantista del derecho. Lo

que caracteriza a dichos bienes es que, contrariamente a los bienes patrimoniales que son objeto de derechos patrimoniales, éstos son objeto de derechos fundamentales, en cuanto tales indisponibles (T11.84). Concretamente, son objeto de derechos fundamentales primarios (T11.112), resultando obviamente irrelevante y no pertinente, a los fines de su titularidad, la capacidad de obrar requerida como presupuesto de los derechos secundarios.

T11.112 (w)(BFOw \rightarrow ($\exists y$)(OGGwy \cdot DPRy \cdot \neg DISy)) D11.28, T11.84

Por tanto, correlativamente a la clasificación de los derechos primarios en ‘libertades frente a’, ‘libertades de’ y ‘derechos sociales’ formulada con la tesis T11.75, distinguiré los bienes fundamentales en tres grandes clases. Llamaré *bienes personalísimos* a los bienes que son objeto de ‘libertades frente a’, es decir, de inmunidades *erga omnes*, siendo utilizables y accesibles únicamente por quien los posee como partes integrantes del cuerpo de la persona: como los órganos del cuerpo humano y su integridad, cuya tutela corresponde a un interés individual y personalísimo y cuya posible violación suscita hoy los problemas dramáticos de la *bioética*. Llamaré *bienes comunes* a los bienes que son objeto de ‘libertades de’, es decir, de libertades-facultad consistentes en el derecho de todos a acceder a su uso y disfrute: aquí se incluyen todos aquellos bienes, como el clima, el ambiente y el futuro del planeta⁴⁵, cuya tutela corresponde a un interés común o general y cuya lesión suscita los problemas no menos vitales y dramáticos de la *ecología*. En fin, llamaré *bienes sociales* a los que son objeto de derechos sociales, como el agua, la comida necesaria para la alimentación básica y los llamados «fármacos esenciales», de cuya prestación a cargo de la esfera pública depende igualmente la supervivencia de las personas.

D11.29 ‘*Bien personalísimo*’ es todo bien fundamental que sea objeto de ‘libertades frente a’.

(w)(BPEw \equiv ($\exists y$)(BFOw \cdot OGGwy \cdot LDAy))

D11.30 ‘*Bien común*’ es todo bien fundamental que sea objeto de ‘libertades de’.

(w)(BCOw \equiv ($\exists y$)(BFOw \cdot OGGwy \cdot LDIy))

D11.31 ‘*Bien social*’ es todo bien fundamental que sea objeto de derechos sociales.

(w)(BSOw \equiv ($\exists y$)(BFOw \cdot OGGwy \cdot DSOy))

En consecuencia, siendo todos los bienes fundamentales objeto de derechos primarios (T11.112), la distinción entre bienes personalísimos,

bienes comunes y bienes sociales forma una clasificación exhaustiva de todos los bienes fundamentales (T11.113).

T11.113 (w)(BFOw \equiv (BPEw v BCOw v BSOw))

T11.112, T11.75, D11.29, D11.30, D11.31

Entre los bienes personalísimos y los comunes, de un lado, y los bienes sociales, de otro, existe evidentemente una profunda diferencia de estructura. Los bienes personalísimos y los bienes comunes son objeto, esencialmente, de derechos individuales negativos (T11.114) —los que bien podemos llamar *derechos biológicos* a la integridad personal y *derechos ecológicos* o del medio ambiente— consistentes en expectativas negativas (T11.115) a los que corresponden, como garantías, los límites fundamentales especificados por las respectivas prohibiciones *erga omnes* de lesión (T11.116): entendiéndose obviamente por ‘lesión’ también su autónoma disposición de hecho debido a la indisponibilidad jurídica de los respectivos derechos (T11.84). Los bienes sociales son en cambio objeto de derechos positivos (T11.117), es decir, de expectativas positivas (T11.118) a las que corresponden, como garantías, los vínculos fundamentales especificados por las respectivas obligaciones públicas, igualmente *erga omnes*, de proporcionar las prestaciones pertinentes (T11.119).

T11.114 (w)((BPEw v BCOw) \rightarrow ($\exists y$)(OGGwy · DINy · DNEy))

D11.29, D11.30, T11.55, D11.11

T11.115 (w)((BPEw v BCOw) \rightarrow ($\exists y$)(OGGwy · M($\exists x$)(ASPy \perp x · LESxy)))

T11.114, T11.53

T11.116 (w)((BPEw v BCOw) \rightarrow ($\exists y'$)(OGGwy' · DINy' · M($\exists y''$)($\exists x$)(GAPy''y' ·

LFOy''x · DIVy''x · ASSy'' · LESxy'')) T11.114, T11.109

T11.117 (w)(BSOw \rightarrow ($\exists y$)(OGGwy · DSOy · DPOy)) D11.31, D11.10

T11.118 (w)(BSOw \rightarrow ($\exists y$)(OGGwy · M($\exists x$)(ASPyx · PRTxy)))

T11.117, T11.54

T11.119 (w)(BSOw \rightarrow ($\exists y'$)(OGGwy' · DSOy' · M($\exists y''$)($\exists x$)(GAPy''y' ·

VFOy''x · OBLy''x · ASSy'' · PRTxy'')) T11.117, T11.110

De aquí se sigue un estatuto diferente para las dos clases de bienes. Los bienes sociales son objeto de los derechos sociales a su prestación en tanto en cuanto no pertenecen y no son accesibles naturalmente a cuantos hacen uso de ellos. Alimentos y fármacos esenciales para la supervivencia no son bienes ontológicamente fundamentales, sino que por lo común son bienes patrimoniales, como tales objetos de derechos patrimoniales disponibles. Son en efecto bienes artificiales, producidos o al menos distribuidos por obra del hombre. Y se transforman en bienes fundamentales sólo gracias a las normas tético-deónticas que disponen los derechos sociales a la salud y a la supervivencia que los tienen por objeto.

Los bienes personalísimos y los comunes, al contrario, son bienes naturales, cuya garantía, como objetos de otros tantos derechos negati-

vos, reside en su indisponibilidad. Es una indisponibilidad debida a razones opuestas. La indisponibilidad de los primeros se halla conectada al hecho de que el cuerpo humano forma un todo con la persona, y por tanto al principio, expresado en el postulado P5 y en la tesis T7.18, de que las personas no son objetos ni cosas⁴⁶. La indisponibilidad de los segundos en cambio está conectada al hecho de que son patrimonio común de la humanidad, es decir, objeto de una situación colectiva —la copropiedad universal a título originario de la que se habló en el § 7.9— compuesta por los derechos de uso y disfrute adscritos a todos los seres humanos en cuanto componentes del género humano. En definitiva, bienes personalísimos y bienes comunes —al ser unos objeto de ‘libertades frente a’ y los otros de ‘libertades de’, entre ellos en relación de contrariedad (T11.65, T11.66)— son figuras a su vez opuestas, perteneciendo los primeros a sus titulares y a nadie más, y los segundos a todos, sin exclusión de nadie.

Se trata en ambos casos de una indisponibilidad distinta de la que se predica de los derechos. Mientras que la indisponibilidad de los derechos fundamentales y la disponibilidad de los derechos patrimoniales son de tipo alético, en el sentido de que son consecuencia de la universalidad de los primeros (T11.8, T11.84) y de la singularidad de los segundos (T11.81, T11.83), la indisponibilidad de los bienes personalísimos y de algunos de los comunes es de tipo deóntico, consistiendo en el hecho de que su disposición está excluida en virtud de una prohibición absoluta o *erga omnes* (T11.120)

T11.120 (w)((BPEw v BCOW) → (∃y')(OGGwy' · DINy' ·
M(∃y'')(∃x)(DIVy"x · ASSy" · LESxy' · VIEEx)))

T11.116, D2.5

Esta diferencia obedece a que los derechos fundamentales y los patrimoniales son entidades deónticas, respectivamente indisponibles y disponibles porque, por definición, los unos pertenecen universalmente a todos en cuanto personas y/o ciudadanos y/o capaces de obrar y los otros singularmente a cada uno con exclusión de los demás. Por consiguiente, un acto de disposición de un derecho fundamental es inexistente siendo tal derecho una norma tética cuya existencia es independiente de la voluntad y de los actos de sus titulares. No se puede privar, ni se puede transferir a otros el derecho a la vida, ni los derechos sociales, de libertad o de autonomía: donde esos derechos fueran disponibles, dejarían de ser universales, o sea, reglas, y con ello dejarían de ser también derechos fundamentales. Sólo metafóricamente se puede llamar ‘venta’ o ‘donación’, por ejemplo, al consentimiento prestado a actos de supresión o de abuso de un derecho fundamental propio, que son inexistentes porque totalmente ineficaces como negocios y si acaso serían relevantes como actos ilícitos.

Al contrario, los bienes personalísimos y los bienes comunes, si consisten en cosas, son entidades materiales por naturaleza accesibles y utili-

zables (D3.12, T3.52, T7.95, T7.96): materialmente apropiables, intercambiables, alterables, deteriorables, destruibles. Por esto —justamente porque materialmente accesibles y disponibles— su protección, necesaria para la tutela de los derechos fundamentales de que son objeto, sólo puede venir de la prohibición de su disposición como bienes deónticamente indisponibles. En tales prohibiciones consiste precisamente la garantía de no lesión de los respectivos derechos indicada en la tesis T11.120, desde la prohibición del comercio de órganos a la de la explotación de la prostitución, desde las prohibiciones de actividades contaminantes a las que limitan o impiden la apropiación de recursos no reproducibles reconocidos como comunes.

Obviamente, como ya se dijo en el § 3.9, la calificación de un bien como fundamental es un hecho histórico y cultural, antes que jurídico, y no tiene nada de ontológico. Históricamente, la cantidad de los bienes fundamentales crece con el desarrollo de la civilización. El primer y más importante bien fundamental será, con la superación de la esclavitud, el cuerpo mismo de la persona humana. Con la introducción de la prohibición de los actos de disposición sobre el propio cuerpo, por ejemplo en el artículo 5 de Código Civil italiano, lo serán también los órganos vitales del cuerpo humano. Al propio tiempo, en los países adelantados, el carácter fundamental del valor de la persona ha venido afirmándose también en el derecho público, donde la intangibilidad del cuerpo y de los *bienes personalísimos* se ha asentado gracias a la prohibición de la pena de muerte, de las penas corporales y de la tortura; y sería muy posible en el futuro una progresiva reducción de las penas carcelarias y con ello de la privación penal de la libertad personal. Con el desarrollo de las posibilidades tecnológicas de alteración y destrucción del ambiente, están revelándose fundamentales para la supervivencia del género humano muchos bienes de la naturaleza que, hasta hace algunos años, no eran ni siquiera bienes sino simplemente cosas: como el agua, el aire y los equilibrios ecológicos, que hoy exigen ser garantizados a todos como *bienes comunes*, mediante límites en la actividad privada y vínculos en la esfera pública. En fin, con el desarrollo tecnológico se han multiplicado además los bienes vitales producidos por el hombre —de los fármacos esenciales a los productos alimenticios— cuya prestación como *bienes sociales* es debida a todos en virtud de los respectivos derechos sociales, más que nunca fundamentales en un mundo como el moderno donde sobrevivir es cada vez menos un hecho natural y más un hecho social.

La estipulación de estos límites y vínculos, como veremos en la parte cuarta, corresponde a una dimensión nueva pero en la actualidad inderrugable de la democracia y del constitucionalismo. Relativamente nueva con respecto al viejo paradigma liberal, ya que aparece conectada a la dimensión social de la democracia, es la determinación de los vínculos fundamentales en garantía de la prestación de los bienes sociales, lo que suscita esencialmente problemas de redistribución y de política econó-

mica. Pero todavía más nueva, porque conectada a los recientes y crecientes desarrollos de la industria y de las tecnologías, es la identificación de los límites fundamentales en garantía de los bienes comunes y de los bienes personalísimos, algo que suscita los gravísimos problemas de la ecología y de la bioética. En efecto, estos límites se resuelven en límites al desarrollo, para la tutela tanto de las generaciones presentes como de las futuras. Y, por primera vez en la historia, implican por tanto un conflicto entre derechos y tecnología, o peor, entre derechos y ciencia, que contradice la idea arraigada en la cultura occidental del carácter en cualquier caso progresista del desarrollo tecnológico y de la libertad de investigación y de experimentación científica. Por ello, en los modernos sistemas constitucionales la definición de estos límites y de las respectivas garantías resulta hoy tan insuficiente como inaplazable. Justamente porque los problemas implicados imponen opciones difíciles, costosas y en cualquier caso «trágicas»⁴⁷, es necesario proporcionar soluciones normativas lo más meditadas y racionales posibles que, de acuerdo con la lógica del estado de derecho, minimicen los poderes y garanticen los derechos y los bienes fundamentales de las personas tanto de hoy como del mañana.

Desde esta perspectiva sería necesario añadir a las cartas constitucionales de derechos fundamentales una *Carta constitucional de los bienes fundamentales*: de un lado, para estipular los vínculos a la producción y a la distribución de los bienes sociales; de otro lado, y sobre la base de un nuevo «contrato natural» dirigido a la tutela de los bienes personalísimos y de los bienes comunes⁴⁸, para trazar límites rigurosos tanto al mercado como a la política. Proteger un bien como personalísimo o como común quiere decir, en particular, hacerlo indisponible e inviolable, y por tanto sustraerlo al mercado y al arbitrio de las decisiones políticas, incluso de la mayoría. Bajo esta óptica, tales bienes reproducen el paradigma de los derechos fundamentales, siendo equivalentes, al igual que estos últimos, a límites impuestos a todos los poderes en garantía de la integridad de todos y de cada uno; a los poderes propios de la autonomía privada mediante la estipulación de su *indisponibilidad*, y a los poderes públicos instituidos en el ejercicio de la autonomía política, mediante la estipulación de su *inderogabilidad*.

En la parte cuarta deberemos volver analíticamente sobre la naturaleza de estos límites y vínculos. Sin embargo, se puede decir desde ahora que los vínculos fundamentales conectados a los *bienes sociales* forman un todo con los establecidos para la garantía de los respectivos derechos sociales. En cambio, los límites fundamentales impuestos a la autonomía privada por los *bienes personalísimos* reflejan una forma de paternalismo, aunque sea justificable por necesaria: tales bienes —no de modo distinto a los derechos fundamentales, empezando por la propia autonomía privada— se hallan sustraídos al poder de disposición de sus poseedores precisamente para ponerlos a resguardo de su alienación y negación y del consiguiente regreso a la ley del más fuerte. En cuanto a

los límites impuestos por los *bienes comunes*, se desprenden de la naturaleza de derechos universales, como derechos humanos, de los derechos de acceso y de uso de los que son objeto. Se trata de una suerte de propiedad común perteneciente a todos y cada uno, muy diferente de la de los derechos patrimoniales y exclusivos de propiedad privada o pública, aunque no siempre acompañada de una análoga conciencia por parte de sus titulares. Sucede a menudo que el despilfarro de los recursos, la ruptura de los equilibrios ecológicos o también la urbanización de las playas o la destrucción de los bosques no son percibidos como privaciones de la propiedad común y como lesiones del derecho a la salud, sino como crecimiento de riqueza susceptible de favorecer nuevas producciones, mayor consumo y futuros repartos.

11.11. *Bienes públicos y bienes privados. Los bienes demaniales. Bienes ilícitos e instituciones ilícitas*

Ya se ha dicho que, contrariamente a los bienes fundamentales, los bienes patrimoniales por lo común se muestran como deónticamente disponibles, junto a los derechos patrimoniales de los que son objeto (D11.27, T11.83). Pero puede suceder que también su disponibilidad resulte prohibida. Es el caso de los llamados *bienes demaniales*, que constituyen el objeto de una específica forma de propiedad pública. Su rasgo característico, además de la indisponibilidad, es la naturaleza tético-constitutiva de las normas que los identifican.

D11.32 '*Bien demanial*' es todo bien patrimonial que sea calificado como tal por normas tético-constitutivas y cuya negociación esté prohibida.

(w)(BDEw \equiv ($\exists r$)(BPAw \cdot NTErw \cdot NCOrw \cdot (x)(NEGxw \rightarrow VIEEx)))

Los bienes demaniales y los bienes comunes, en relación con los que está igualmente excluida la disposición, comparten pues la condición de ser reflejo de los intereses de todos, es decir, de aquello que representa el rasgo característico de la esfera pública, como se verá en el § 11.15. Podemos por ello llamarlos *bienes públicos*, porque pertenecen a todos o son del interés de todos. Al contrario, podemos llamar *bienes privados* a los bienes que están dentro del comercio y a los bienes personalísimos, pertenecientes los unos y los otros a cada cual de forma exclusiva, es decir, con exclusión de los demás. Obtenemos así —incluso sin elaborar definiciones formales, que requerirían, sobre todo por lo que se refiere a los bienes públicos, muy precisas y complejas caracterizaciones— una gran distinción de los bienes en *públicos* y *privados*. Entrecruzando esta distinción con la que se hizo entre bienes *fundamentales* y *patrimoniales*, tenemos una sumaria clasificación de los bienes, si bien no exhaustiva, representada en el siguiente cuadro:

bienes	públicos	privados
fundamentales	bienes comunes	bienes personalísimos
patrimoniales	bienes demaniales	mercancías

Se advierte fácilmente que los bienes patrimoniales no demaniales, esto es, las mercancías, justamente porque son disponibles y en interés exclusivo de los particulares, aparecen siempre como el objeto no ya de normas téticas, sino de las *normas hipotético-deónticas* que predisponen los derechos patrimoniales de los que son contenido como efectos de los actos que configuran como causa de los mismos (T11.82). Al contrario, los bienes públicos son por lo común objeto de *normas tético-constitutivas*. Son por ejemplo normas tético-constitutivas los artículos 133 a 136 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 10 de diciembre de 1982, y el artículo 1 del Tratado sobre el espacio ultraterrestre, de 27 de enero de 1967, que califican como «patrimonio común» de la humanidad, es decir, como «bienes comunes», la zona de alta mar y sus recursos, los fondos marinos y los espacios ultraterrestres. Y son igualmente normas tético-constitutivas las que identifican los bienes demaniales: por ejemplo, el artículo 822 del Código Civil italiano, según el cual «pertenecen al Estado y forman parte del demanio público el litoral marítimo, las playas, las radas y puertos; los ríos, torrentes, lagos y demás aguas definidas como públicas por las leyes; las obras destinadas a la defensa nacional. Forman parte igualmente del demanio público, si pertenecen al Estado, las carreteras, autopistas y vías férreas; los aeropuertos; los acueductos; los inmuebles reconocidos de interés histórico, arqueológico o artístico por las leyes sobre la materia; las colecciones de los museos, pinacotecas, archivos y bibliotecas, así como los demás bienes sometidos por la ley al régimen propio del demanio público»⁴⁹. Y bien puede suceder, por ejemplo conforme al artículo 43 de la Constitución italiana, que otros bienes, como «determinadas empresas o categorías de empresas que exploten servicios públicos esenciales o fuentes de energía o que constituyan un monopolio y resulten, preeminentemente, de interés general», sean declarados «bienes públicos» por la ley, que «puede, con fines de utilidad general, reservar(los) a título originario o transferir(los) mediante expropiación y con la correspondiente indemnización, al Estado, a entes públicos o a organizaciones de trabajadores o de usuarios».

Nuestro inventario de los bienes no puede ignorar una última categoría, asimétrica con respecto a todas las demás: la de los *bienes ilícitos*, cuyo uso y/o comercio están prohibidos como actos ilícitos. Pensemos, por ejemplo, en las sustancias estupefacientes o en las armas, cuyo uso y el comercio en el sentido más amplio de la expresión, incluida pues la producción, el transporte y la posesión, están prohibidos en muchos ordenamientos.

D11.33 '*Bien ilícito*' es todo bien material cuya utilización o comercio está prohibido como ilícito.

$$(w)(BILw \equiv (BMAw \cdot (x)((USOxw \vee (NEGxw) \rightarrow (\exists r)(DIVrx \cdot ILLx))))))$$

También los bienes ilícitos son pues indisponibles o *extra commercium*, al igual que los bienes personalísimos, los comunes y los demaniales. Sin embargo, a diferencia de estos últimos, cuya disponibilidad está prohibida para garantizar a todos o exclusivamente a sus titulares su máximo aprovechamiento, la disponibilidad de los bienes ilícitos está prohibida en cambio para asegurar a todos su máxima no utilización. Hay además otro rasgo distintivo de los bienes ilícitos. Estos bienes son objeto de prohibiciones, y por tanto son «bienes» con arreglo a nuestra definición D7.19, pero no de acuerdo con la noción tradicional de los bienes como objeto de derechos definida por el artículo 832 del Código Civil italiano. Es también evidente que para una teoría garantista del derecho los bienes ilícitos de mayor interés, porque más gravemente lesivos para la integridad de todos, son las armas, destinadas a matar. Como veremos en la parte cuarta, desterrar su uso —excepción hecha obviamente de las armas autorizadas a la policía que están destinadas a la opuesta función de garantía— constituye una garantía primaria de dos derechos fundamentales de cuya tutela depende la justificación externa de todo ordenamiento jurídico: el derecho a la vida en los ordenamientos estatales y el derecho a la paz en el ordenamiento internacional.

Desde esta perspectiva resulta útil introducir además otra noción: la de 'institución ilícita', identificable con toda institución, pública o privada, dirigida a actividades ilícitas.

D11.34 '*Institución ilícita*' es toda institución cuya razón social sea actuable mediante actos ilícitos.

$$(z)(ISlz \equiv (\exists r)(ISZz \cdot RASrz \cdot M(\exists x)(ATZxr \cdot ILLx)))$$

De aquí se sigue que son ilícitas tanto las instituciones orientadas a la utilización de bienes ilícitos, como las dirigidas a su producción y comercio:

$$T11.121 (z)(r)(w)((ISZz \cdot RASrz \cdot M(\exists x)(ATZxr \cdot USOxw \cdot BILw)) \rightarrow ISlz) \\ D11.34, D11.33$$

$$T11.122 (z)(r)(w)((ISZz \cdot RASrz \cdot M(\exists x)(ATZxr \cdot NEGxw \cdot BILw)) \rightarrow ISlz) \\ D11.34, D11.33$$

Obviamente nuestras definiciones no nos dicen qué bienes ni qué instituciones están excluidas como ilícitas: algo que sólo puede ser dilucidado sobre la base del derecho positivo. Sin embargo, esas definiciones ofrecen dos categorías teóricas que en el capítulo XVI se revelarán de gran utilidad para elaborar una teoría garantista de la democracia cons-

titucional y de la paz. Por ejemplo, si en garantía de la paz y de la seguridad fueran prohibidos el uso y el comercio de armas, serían ilícitas tanto las fuerzas armadas no de policía como las empresas privadas dedicadas a la producción y venta de armas.

11.12. *La igualdad y la desigualdad en droits*

El análisis tanto de los derechos y bienes fundamentales como de los derechos y bienes patrimoniales hasta aquí desarrollado nos permite ahora formular una redefinición satisfactoria de los conceptos de *igualdad* y de *desigualdad jurídica*.

De la igualdad jurídica la teoría del derecho puede ofrecer, como de cualquier otro concepto teórico, definiciones solamente formales. Cabe recordar las distintas fórmulas de la «justicia formal» analizadas por Chaïm Perelman⁵⁰ y la caracterización de la igualdad como «fórmula vacía» propuesta por Kelsen⁵¹, o incluso como expresión «carente de significado», según Ross⁵², por no ser sino una implicación del carácter general y abstracto de las normas. «¿Igualdad entre quién?, ¿Igualdad con respecto a qué?», se pregunta Norberto Bobbio, tras haber repetido a su vez que la igualdad es «un concepto genérico y vacío, que mientras no es especificado o llenado de contenido no significa nada»⁵³. La teoría del derecho no está en condiciones de responder a estas preguntas. Sin embargo, puede ayudarnos a dar algunos pasos decisivos para la identificación (del «entre quién» y del «en qué») de la igualdad jurídica: pasos, obviamente, de tipo formal, que no obstante permiten una interpretación de tipo sustancial a partir de los concretos ordenamientos positivos tomados como referencias empíricas de la teoría.

Un primer paso es el parámetro de la igualdad jurídica que ofrecen nuestras nociones de ‘normas téticas’ y de ‘situaciones universales’: son jurídicamente iguales en las situaciones que se les adscriben todas las personas físicas destinatarias de las mismas normas téticas y por ello titulares de las mismas situaciones universales, como es el caso por ejemplo de las prohibiciones penales y de los derechos fundamentales. Se trata de la igualdad «ante la ley» cualquiera que ésta sea, afirmada por todas las constituciones avanzadas y, en este sentido genérico, no muy distinta de la identificada por las definiciones que acabamos de recordar.

Pero hay un significado aparentemente más restringido de «igualdad jurídica» que conviene aislar, para remontarse después a su significado más genérico: el de la *égalité en droits* expresado en el primer artículo de la *Déclaration* de 1789. Es éste el segundo paso hacia la clarificación del concepto de igualdad, sugerido por nuestra definición formal de ‘derechos fundamentales’ y por las tipologías elaboradas a partir de ella. Consistiendo los derechos fundamentales en los derechos conferidos a todos en cuanto personas y/o ciudadanos y/o capaces de obrar, la igualdad jurídica entre personas y, por otro lado, entre ciudadanos y entre

capaces de obrar consiste en la igualdad en los derechos fundamentales, que son precisamente los derechos garantizados en igual medida a estas tres clases de sujetos por la cuantificación universal de la esfera de sus titulares. Por lo demás, también la desigualdad jurídica, como se ha visto en los §§ 11.7 y 11.8, es una desigualdad *en droits*, es decir, relativa a la titularidad de derechos subjetivos: sólo que la misma se refiere a los derechos patrimoniales, que como se ha mostrado son derechos singulares *excludendi alios*, pertenecientes a cada uno en distinta medida y con exclusión de los demás. Podemos ahora explicitar y formalizar estas tesis redefiniendo la igualdad como la relación de universalidad que reúne a una clase de personas naturales en la titularidad de los mismos derechos.

D11.35 *La ‘igualdad’ es la titularidad atribuida a las personas naturales de los mismos derechos universales.*

$(z)(y)(UGUzy \equiv (TITzy \cdot PNAz \cdot DIRy \cdot UNIy))$

Evidentemente, se trata siempre de una definición formal. Sin embargo, esta definición nos dice «entre quién» y «en qué» es predicable la igualdad. De acuerdo con esa definición, la igualdad jurídica es una relación entre personas naturales (T11.123) y no entre personas artificiales (T11.124), que tiene por objeto o parámetro los derechos universales atribuidos a las mismas (T11.125). Los concretos contenidos que dan su medida, y por tanto el sentido empírico (no ya formal, sino sustancial) de la noción así definida, están luego destinados a ser determinados por la experiencia histórica del constitucionalismo democrático en los distintos ordenamientos: por la cantidad y por la calidad de los derechos universales establecidos y por la extensión de las clases de personas a las que tales derechos se confieren y son concretamente garantizados.

T11.123 $(z)(y)(UGUzy \rightarrow PNAz)$ D11.35

T11.124 $(z)(y)(UGUzy \rightarrow \neg PARz)$ T11.123, T7.16

T11.125 $(z)(y)(UGUzy \rightarrow (TITzy \cdot DIRy))$ D11.35

Pero la igual titularidad de los derechos no es más que su universalidad (D10.30), característica a su vez de los derechos fundamentales. De donde se deriva que la *igualdad jurídica* no es más que (y se mide sobre) la igual titularidad de los *derechos fundamentales* (T11.126, T11.127), o sea, de las expectativas negativas y positivas que esos derechos universalmente aseguran. Concretamente, según la relación de proporcionalidad inversa enunciada en las tesis T11.23-T11.38, la igualdad de las personas naturales lo es (solamente) en los derechos humanos (T11.128); la de los ciudadanos (también) en los derechos públicos (T11.129); la de las personas capaces de obrar (también) en los derechos civiles (T11.130); la de los ciudadanos capaces de obrar, es decir, de las personas *optimo iure*

(también) en los derechos políticos (T11.131) y por tanto en todos los derechos fundamentales.

T11.126 (y)(DFOy \equiv (z)(UGUzy \cdot TITzy))	D11.35, D11.1, D7.17, T7.44, T11.8
T11.127 (z)(y)((TITzy \cdot DFOy) \rightarrow UGUzy)	T11.126
T11.128 (y)(DUMy \equiv (z)(UGUzy \cdot PNAz))	D11.35, D11.6, T11.47, T11.8
T11.129 (y)(DPUy \equiv (z)(UGUzy \cdot CITz))	D11.35, D11.7, T11.47, T11.8
T11.130 (y)(DCIy \equiv (z)(UGUzy \cdot CAAz))	D11.35, D11.8, T11.47, T11.8
T11.131 (y)(DPLy \equiv (z)(UGUzy \cdot CITz \cdot CAAz))	D11.35, D11.9, T11.47, T11.8

Inversamente, en virtud de este vínculo entre igualdad y universalismo, existe *desigualdad jurídica* en la titularidad de los *derechos patrimoniales*, que a diferencia de los derechos fundamentales pertenecen a sus titulares de forma singular y exclusiva (T11.81). En efecto, en tales derechos los sujetos son siempre jurídicamente desiguales, en el sentido de que si alguno o algunos —o sea, uno o más de uno (como por ejemplo en la copropiedad)— son titulares de un derecho patrimonial, todos los demás sujetos son desiguales respecto a tal derecho (T11.132).

T11.132 (y)(($\exists z'$)(SGGz' \cdot TITz'y \cdot DPAy) \rightarrow $\neg(\exists z'')$ (SGGz'' \cdot TITz''y \cdot UGUz''y))	T11.81, D11.35
---	----------------

La 'igualdad jurídica' se identifica así con la forma universal de los derechos que son establecidos como 'fundamentales': del derecho a la vida a los derechos de libertad, de los derechos políticos a los sociales, sin olvidar aquel metaderecho que es, como veremos, el derecho a la igualdad, o sea, al tratamiento igual ante la ley. Decir que un determinado derecho es fundamental quiere decir que «todos» aquellos —personas, ciudadanos o capaces de obrar— a quienes se atribuye son igualmente titulares. De aquí se derivan dos consecuencias: la una relativa a las dimensiones de la igualdad jurídica, la otra a la distinción entre diferencias, desigualdades y discriminaciones⁵⁴.

Las dimensiones de la igualdad dependen de un lado de la extensión de la clase de los sujetos (los «todos») a los que la igualdad se refiere; de otro, de la cantidad de derechos reconocidos y garantizados en forma universal. Bajo ambos aspectos, universalismo de los derechos fundamentales e igualdad jurídica son exactamente lo mismo (T11.126-T11.131). El primero es el significado de la segunda y ésta se incrementa con el crecimiento de aquél: *en el plano intensional* con el aumento de la cantidad de derechos fundamentales y, por tanto, de las expectativas negativas (de ejercicio pacífico de las libertades) y positivas (de satisfacción de las necesidades vitales) a todos igualmente garantizadas mediante su sustracción a la disponibilidad del mercado y a la discrecionalidad del Estado; *en el plano extensional* con el desarrollo del proceso de universalización de la clase de sus titulares, hasta su coincidencia con la totalidad de los seres humanos y, por tanto, a la tenden-

cial transformación de todos los derechos fundamentales en derechos de la persona.

Según se indicó en el § 11.2, este progreso ha sido en gran parte realizado en el curso del proceso de formación del estado de derecho y de las modernas democracias. En el esquema hobbesiano del estado absoluto la única igualdad jurídica se refería al derecho a la vida, que era el único derecho fundamental garantizado por el contrato social, mientras que para el resto todas las diferencias eran abandonadas a la dinámica «natural» y destinadas pues a devenir desigualdades. En el paradigma de Locke y después en el de las primeras constituciones liberales, la igualdad se extiende a la garantía de los derechos de libertad y de autonomía privada, pero permanece por largo tiempo subjetivamente limitada a los ciudadanos varones, instruidos y propietarios. En fin, en el curso de los dos últimos siglos, el modelo se expande, tanto en el plano intensional como en el extensional: de un lado, con la multiplicación de los derechos fundamentales, no ya sólo civiles y de libertad, sino asimismo políticos y sociales; de otro, con la reducción de las discriminaciones en los derechos civiles y políticos acaecida, en los ordenamientos avanzados, con la progresiva desaparición de las diferenciaciones de estatus —por sexo, nacimiento, riqueza, instrucción y similares— pero todavía incompleta por el mantenimiento del último privilegio de estatus, la ciudadanía, que aún continúa, de derecho o *de facto*, excluyendo a los no ciudadanos del disfrute de la mayor parte de los derechos fundamentales, incluidos los de la persona. De cualquier modo, siempre la igualdad jurídica no es nada más que la idéntica titularidad de los mismos derechos fundamentales independientemente del hecho, y más bien justamente por el hecho, de que sus titulares son entre sí diferentes.

La igualdad jurídica se detiene aquí. Al margen de los derechos fundamentales, las personas son todas, y en todo, distintas las unas de las otras. Son diferentes de hecho, por sus diferencias «de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas u otras circunstancias personales y sociales», según la fórmula del artículo 3,1 de la Constitución italiana. Pero lo son también de derecho, por los distintos derechos patrimoniales y por otras diferentes situaciones de las que son titulares. Así como la igualdad jurídica reside en el carácter universal de los derechos (fundamentales) de los que todos los sujetos de los que se predica son titulares, la desigualdad jurídica viene determinada por la esfera de los derechos (patrimoniales) de los que cada uno es titular con exclusión de los demás, como asimismo por las múltiples posiciones de poder y de sujeción, de deber y de responsabilidad, que cada uno encarna o soporta. Es claro que estas desigualdades son hasta cierto punto insuprimibles, estando ligadas al mercado y antes incluso a la división del trabajo y a la inevitable diferenciación de los poderes y de los deberes, de los cargos y de las competencias. En una cierta medida, sin embargo, se pueden reducir. Y cuando alcanzan límites intolerables —convirtiéndose en aquellos «obstáculos de orden económico y social que», como dice el artículo 3,2 de

la Constitución italiana, «limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana» y su «efectiva participación» en la vida pública—, entonces deben ser removidas o compensadas mediante la satisfacción de los distintos «derechos sociales» a la supervivencia: a la salud, a la previsión social, a un salario equitativo, a la instrucción y similares.

A partir de aquí se comprende el nexo que, a través de los derechos, liga las diferencias a la igualdad y las opone a las desigualdades. Las *diferencias* —sean naturales o culturales— no son más que los rasgos específicos e irrepetibles que diferencian y al propio tiempo individualizan a las personas y que son en cuanto tales tuteladas por los *derechos fundamentales*. Las *desigualdades* —sean económicas o sociales— son en cambio las disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus *derechos patrimoniales*, así como por sus posiciones de poder y de sujeción. Las primeras concurren, en su conjunto, para formar las distintas y concretas *identidades* de las personas individuales⁵⁵ garantizadas por la que en el § 11.15 llamaré su común *esfera jurídica pública*; las segundas concurren a formar las distintas *condiciones materiales* y las que llamaré sus distintas *esferas jurídicas privadas*. Unas son tuteladas y valoradas, contra discriminaciones y privilegios, en virtud de la *igualdad formal* en los *derechos fundamentales de libertad*; las otras son, si no removidas, al menos reducidas o compensadas por aquellos niveles mínimos de *igualdad material (o social)* que provienen de la satisfacción de los *derechos fundamentales sociales*. En ambos casos la igualdad aparece conectada a los derechos fundamentales: a los individuales de libertad y de autonomía en cuanto derechos al igual respeto y manifestación de las «diferencias»; a los sociales en cuanto derechos a la reducción de las «desigualdades».

Por ello, el principio de igualdad puede ser caracterizado como un principio complejo que impone la tutela de las diferencias por medio de los derechos individuales y de los conexos espacios de *libertad* y de *autonomía*, y la reducción de las desigualdades excesivas o intolerables por medio de los derechos sociales y de las conexas relaciones de *solidaridad*. De este modo, la igualdad se configura como el término de mediación entre los otros dos clásicos principios —la libertad y la fraternidad— proclamados por la Revolución francesa⁵⁶.

Por otro lado, esta doble dimensión, individual y social, confiere a la igualdad una característica ulterior, expresada en casi todas las constituciones mediante la afirmación del principio de la «(igual) dignidad» de las personas, es decir, de su igual valor y por tanto del valor de la persona. «Todos los ciudadanos tienen igual dignidad social y son iguales ante la ley», dice el artículo 3 de la Constitución italiana. «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos», afirma el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. «La dignidad humana es inviolable», declara el artículo 1 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea reproduciendo el artículo 1 de la Ley Fundamental alemana⁵⁷. Es claro que la «dignidad» es una pala-

bra del lenguaje moral o ético-político recibido por las normas jurídicas que la utilizan. Pero su sentido prescriptivo, como *principium iuris et in iure*, equivale esencialmente al reconocimiento normativo de todas las personas como titulares de derechos a la propia identidad y a la supervivencia.

Así, el principio de igualdad no expresa sólo una relación entre personas basada en su igual valor o dignidad social por ser titulares de los mismos derechos fundamentales. Es también una norma, y precisamente una norma tética —«la igualdad ante la ley», según la fórmula usada por casi todas las constituciones— que a su vez equivale a un ulterior y específico derecho, y más exactamente a un metaderecho fundamental: el *derecho a la igualdad*, que es al mismo tiempo un metaderecho individual y un metaderecho social. Como *metaderecho individual* consiste, como dice el primer apartado del artículo 3 de la Constitución italiana, en la expectativa negativa de igualdad «ante la ley», es decir, a no ser discriminado, excluido o reprimido por las diferencias «de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas o condiciones personales o sociales»⁵⁸. Como *metaderecho social* consiste, como dice el segundo apartado del mismo artículo, en la expectativa positiva de la remoción de los «obstáculos que impiden el desarrollo de la persona humana» y su «participación» en la vida política, económica y social: esto es, en la promoción de las que Amartya Sen llama «capacidades fundamentales»⁵⁹ y de las que depende, junto a la integración de la persona en la sociedad y a un mínimo de igualdad sustancial, la efectividad de todos sus otros derechos.

Así pues, con este paso ulterior en la clarificación de nuestro concepto, hemos ampliado la noción de igualdad jurídica, definida en principio como igualdad en los derechos fundamentales, hasta incluir también su significado más genérico de igualdad «ante la ley». Interpretado también como derecho o metaderecho a la igualdad, el concepto de igualdad en los derechos fundamentales incluye asimismo (el derecho a) la igualdad en todas las demás situaciones normativas, como por ejemplo las prohibiciones penales y en general todos los deberes públicos.

En todos los sentidos aquí analizados y que están conectados entre sí —como igual titularidad de derechos fundamentales, como igual dignidad social y como derecho a la igualdad— la igualdad es por lo demás un principio normativo, que tanto en su dimensión formal como en sus mínimos sustanciales puede resultar ineficaz en distinta medida a causa de las múltiples *discriminaciones* mediante las que de hecho puede ser violada, ya sea por lesiones o por incumplimientos de los derechos fundamentales. Obviamente las discriminaciones son algo distinto de las desigualdades jurídicas de las que acabo de hablar: son, precisamente, *desigualdades antijurídicas* dado que consisten en la violación del principio de igualdad, es decir, en el desigual tratamiento de las diferencias que éste tutela por igual o en la frustrada satisfacción de los derechos sociales conferidos a todos también por igual. Quiero decir que la igualdad en los derechos no es más que una igualdad en las expectativas

(T11.133): en las expectativas de no lesión en que consisten los derechos individuales, y en las expectativas de prestación en que consisten los derechos sociales (T.11.134).

T11.133 (z)(y)(UGUzy \rightarrow (TITzy \cdot UNly \cdot PNAz \cdot ASPy))

D11.35, D10.20, T2.58

T11.134 (z)(y)(UGUzy \rightarrow (TITzy \cdot UNly \cdot PNAz \cdot M(\exists x)((ASPy \perp x \cdot LESxy) \vee (ASPyx \cdot PRTxy))))

D11.35, D10.20

Por tanto, esta igualdad no quiere decir que tales expectativas, de hecho, no sean violadas por desigualdades antijurídicas: que no se produzcan lesiones de las libertades fundamentales y que sean efectivas las prestaciones requeridas por los derechos sociales. Al contrario, quiere decir que encarna un *deber ser*, cuya actuación es confiada de un lado a su estipulación en normas supraordenadas a todas las demás como son, según se verá en el próximo capítulo, las constituciones rígidas; de otro, y sobre todo, al mantenimiento de eficaces garantías primarias y secundarias, idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad primaria o cuando menos secundaria. Éstos son los problemas centrales de la teoría de la democracia a la que dedicaremos por entero la parte cuarta: la debilidad o, peor aún, la ausencia de las garantías, tanto primarias como secundarias, de las cuatro clases de derechos fundamentales que antes hemos distinguido —los derechos políticos, los derechos civiles, los derechos de libertad y los derechos sociales— y respecto a las que será articulado en sus distintos niveles, estatales y supranacionales, el modelo normativo de la democracia constitucional.

11.13. *Igualdad como norma, diferencias como hechos.*

La igualdad como igual valoración de las diferencias

Se ha dicho que el principio de igualdad en los distintos sentidos arriba comentados —como igualdad en los derechos fundamentales, incluido aquel metaderecho fundamental que es el derecho al igual tratamiento ante la ley, y como igual valor o dignidad de las personas, independientemente de las diferencias ligadas a la identidad de cada una— es un principio normativo. Este reconocimiento de su carácter en todo caso normativo permite ahora refutar la tesis según la cual el principio de igualdad se opondría al (o no tendría en cuenta el) valor de las diferencias y se resolvería en su artificiosa negación u homologación⁶⁰. En la base de esta tesis en efecto se advierte una ambigüedad de los términos ‘igualdad’ y ‘diferencia’, que es útil disipar analizando las relaciones —de contrariedad o de implicación— que se entablan entre los distintos significados que en ocasiones se asocian a los mismos. Distinguiré a tal fin cuatro posibles modelos del tratamiento de las diferencias y, a partir de ellos, de configuración de la igualdad.

El primer modelo es el de la *indiferencia jurídica hacia las diferencias*. Desde esta óptica, las diferencias no son ni valoradas ni desvaloradas, ni tuteladas ni reprimidas, ni protegidas ni violadas. Simplemente son ignoradas. Éste es el paradigma hobbesiano del estado de naturaleza y de la libertad salvaje, que confía a las relaciones de fuerza la defensa o, al contrario, el atropello de las distintas identidades, precisamente porque se caracteriza por la «igualdad de naturaleza entre los hombres» y por su consiguiente «recíproco deseo de dañarse»⁶¹. Es un paradigma tendencialmente anárquico, que en su forma extrema coincide con la ausencia de derecho más que de derechos, pero que en alguna medida se realiza también en la sociedad paleo-liberal, caracterizada por el contenido mínimo de la esfera pública y por el libre y desregulado juego de los poderes privados. El destino de las diferencias depende así de la ley del más fuerte. El de la diferencia de clase, por ejemplo, se resuelve de hecho en la explotación ilimitada del trabajo dependiente. El de la diferencia de sexo se ha resuelto, históricamente, en la sujeción de la mujer al hombre y en su relegación al papel doméstico «natural» de esposa y de madre.

El segundo modelo es el de la *diferenciación jurídica de las diferencias*, que se expresa en la valoración de algunas identidades y en la desvaloración de otras, y por tanto en la jerarquización de las diferentes identidades. De acuerdo con dicho modelo, las identidades determinadas por las diferencias valoradas (de sexo, nacimiento, etnia, fe religiosa, lengua, patrimonio o similares) vienen consideradas como estatus privilegiados, fuente de derechos y de poderes, y acaso como base de un universalismo modelado únicamente en torno a los sujetos privilegiados; mientras que otras —por ejemplo, las de mujer, negro, herético, apóstata, extranjero, apátrida o extracomunitario— son consideradas como estatus discriminados, fuente de exclusiones o de sujeción y, algunas veces, de persecución. Éste es el paradigma de los ordenamientos jerarquizados de casta o de clase propios de las fases más arcaicas de la experiencia jurídica, que perduraron durante tiempo en el mundo premoderno, basados en la idea de una natural desigualdad entre los seres humanos, de la que la desigualdad jurídica sería sólo su reflejo y consagración⁶². Pero es también el paradigma que persiste en los orígenes de la Modernidad, cuando la igualdad y los conexos derechos «universales» son pensados y proclamados, en las primeras constituciones liberales, sólo para los sujetos varones, blancos y propietarios, al punto de convivir largamente con múltiples discriminaciones. Baste pensar en la prolongada exclusión de la mujer de los derechos políticos y de muchos derechos civiles; en el mantenimiento de la esclavitud en los Estados Unidos hasta más allá de la mitad del siglo XIX; en las modernas legislaciones contra los inmigrantes. Es claro que en este modelo las diferencias resultan diseñadas y sancionadas como desigualdades, es decir, como privilegios y discriminaciones, poco importa que se cubran bajo el manto de un falso universalismo.

El tercer modelo es el de la *homologación jurídica de las diferencias*. Las diferencias aparecen en este caso desvaloradas y negadas pero no porque se conciben como desvalores con respecto a otras abiertamente asumidas como valores, sino porque resultan todas ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de la igualdad. En lugar de transformadas en estatus de privilegio o discriminación, vienen disuadidas o, peor, reprimidas o violentadas como desviaciones, en el cuadro de una general homologación, neutralización e integración. Se trata de un modelo en algunos aspectos opuesto y en otros análogo al precedente: opuesto porque se orienta no hacia la cristalización de las diferencias en desigualdades, sino al contrario, hacia su anulación; análogo por la común desvaloración de las diferencias y por la implícita asunción de una identidad —sea ésta definida en términos de sexo, clase, adhesión ideológica o religiosa— como «normal» y al mismo tiempo «normativa». Es el modelo de la impronta uniformadora, característico de muchos socialismos reales y burocráticos. Pero es también, con las debidas diferencias, el modelo de la asimilación propio de los ordenamientos liberales, que sin cuestionar la parcialidad del sujeto universalizado por el modelo precedente, lo han asumido como término igualmente «normativo» de la relación de igualdad, idóneo para incluir a los otros sólo en cuanto se homologueen con el mismo. En el plano jurídico las diferencias no son origen de discriminaciones, sino que más bien son desconocidas, ocultadas y enmascaradas: las mujeres, por ejemplo, tienen los mismos derechos que los hombres en cuanto sean consideradas o se finja que sean (como los) hombres y a ellos se asimilen en los estilos de vida y en los patrones de comportamiento. Pero justamente por ser desconocidas de derecho, las diferencias resultan penalizadas de hecho —para los diferentes que se asimilan, como para aquellos que no lo hacen— por los anchos márgenes de ineffectividad de la proclamada igualdad⁶³.

En fin, hay un cuarto modelo de configuración jurídica de las diferencias: el que he delineado en la definición D11.35 de la igual *valoración jurídica de las diferencias*, basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales y en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad. A diferencia del primero, este cuarto modelo, en lugar de mostrarse indiferente ante las diferencias, impone garantizar a todos su libre afirmación y realización, no abandonándolas al libre juego de la ley del más fuerte sino haciéndolas objeto de aquellas leyes del más débil que son justamente los derechos fundamentales. En contraste con el segundo, este modelo no privilegia ni discrimina ninguna diferencia, sino que asume todas como dotadas de igual valor y merecedoras de tutela. Y se distingue del tercero porque no desconoce las diferencias, sino que al contrario las reconoce y valora a todas como otros tantos rasgos de la identidad de las distintas personas, sobre cuya concreta especificidad cada una funda su amor propio y el sentido autónomo de sí misma en las relaciones con las demás.

Resulta claro que ninguno de los tres primeros modelos es compati-

ble con la igualdad en los derechos fundamentales. No lo es el primero, caracterizado por una absoluta anomia y por tanto por la irrelevancia de derecho y por la relevancia de hecho de las diversas identidades y diferencias, abandonadas todas al dominio de las relaciones de fuerza. Pero no lo son tampoco el segundo y el tercero, unidos por la asunción explícita o implícita de un abstracto sujeto «normal» (ciudadano y/o varón y/o instruido y/o blanco y/o propietario) y al tiempo «normativo» como parámetro de la igualdad. En relación con este parámetro, los «distintos» son en el primer caso excluidos en cuanto son discriminados en el igual disfrute de muchos de los derechos así llamados universales, por la identificación y por la penalización de sus diferencias; mientras que en el segundo son incluidos en cuanto resultan asimilados, en contra de su igual derecho a la tutela de su concreta identidad, por el desconocimiento de las propias diferencias y por su limitada homologación y normalización. En ambos casos la igualdad se opone a las diferencias porque es entendida no como un valor, sino como un hecho (o como la ficción de un hecho); no como principio normativo sino como tesis descriptiva (o presuntiva); no como deber ser sino como ser: por negarla a tenor del hecho de que *existen* diferencias, o por afirmarla en virtud del hecho de que *no existen* (o se finge, o se presume que no existen) diferencias. Los seres humanos son entre sí «iguales» en cuanto identificados, en el primer caso, con los únicos sujetos asumidos como parámetros, y en el segundo sólo en cuanto a éstos asimilados incluso si son diferentes: como las mujeres, los no ciudadanos, los negros, los analfabetos y los indigentes. Correlativamente, las diferencias vienen en un caso reconocidas no sólo de hecho sino también de derecho, mientras que en el otro resultan ignoradas no sólo de derecho sino también de hecho.

Esta concepción cognoscitivista de la igualdad, todavía difundida en la opinión común, fue sin duda dominante en el pensamiento político clásico. De Aristóteles a Hobbes, de Locke a gran parte del pensamiento ilustrado, la tesis de la igualdad (o correlativamente de la desigualdad) ha sido siempre sostenida con argumentos de hecho: los hombres, según la ya recordada tesis de Hobbes, son iguales porque todos son mortales y se hallan en idénticas condiciones de dañarse recíprocamente, o bien porque, como afirmó Locke, tienen las mismas inclinaciones y facultades⁶⁴. Es claro que semejantes reclamos empíricos, si por un lado son muy débiles argumentos para sostener (el valor) de la igualdad pudiendo también apoyar la opuesta tesis de la desigualdad⁶⁵, por otro lado están en el origen de la configuración de la igualdad como «asimilación» de las diferencias, característica del tercer modelo que hemos presentado, sustancialmente subalterno del segundo.

Pues bien, la extraordinaria conquista de la Declaración de 1789 —incomprendida incluso para un gran pensador liberal como Jeremy Bentham, que la entiende como una torpe traducción normativa de una tesis asertiva (falsa) de filosofía política⁶⁶— fue precisamente la afirma-

ción del principio de igualdad como norma jurídica. Esto supone que desde entonces la igualdad, pese a su posible representación simbólica de tipo homologante, no es un hecho, sino un valor; no una aserción, sino una prescripción: establecida jurídicamente justo porque se reconoce que de hecho los seres humanos son todos diferentes entre sí y se quiere impedir que sus diferencias pesen como factores de desigualdad. Resulta claro que en este sentido, que se corresponde con nuestro cuarto modelo, el principio de igualdad escapa a las críticas formuladas en nombre de las diferencias, que afectan únicamente a su significado asertivo, que es evidentemente *contradicho* por la constatación de que, de hecho, las personas son diferentes⁶⁷: por sexo, lengua, etnia, méritos, capacidad o similares. Hay en efecto asimetría entre igualdad y diferencia. «Igualdad» es un término normativo que expresa una convención: no dice que seamos iguales, sino que se conviene en que, precisamente porque somos diferentes, *debemos* ser considerados y respetados como iguales y que, tratándose de una norma, no basta con enunciarla, sino que es preciso observarla y sancionarla. «Diferencias», en cambio, es un término descriptivo: quiere decir que de hecho entre las personas *hay* diferencias, que la identidad de toda persona viene dada precisamente por sus diferencias, y que son por tanto sus diferencias las que se tutelan, respetan y garantizan en obsequio al principio de igualdad.

Por ello no tiene sentido contraponer «igualdad» y «diferencias». Al contrario, la igualdad no es más que el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad, en virtud del *igual valor atribuido a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo distinto a todos los demás y de cada individuo una persona como todas las demás*. Lo opuesto a la «igualdad» no es la «diferencia», sino la «desigualdad», sea jurídica o antijurídica. Son desigualdades jurídicas (contrarias a la igualdad) las desigualdades económicas y sociales generadas por los derechos patrimoniales y por las demás situaciones singulares de las que cada uno es titular de modo distinto a los otros; son desigualdades antijurídicas (contradictorias con la igualdad) las generadas por la violación del principio de igualdad, o sea, por las discriminaciones de las diferencias. Las primeras son reducidas, si no eliminadas, por la efectividad de los derechos sociales, que imponen niveles mínimos de la que llamamos *igualdad sustancial*: la cual no es ya «contradicha» sino *no actuada*, si de hecho son ignoradas las necesidades vitales que tales derechos imponen satisfacer. Las segundas son impedidas por la efectividad de los derechos individuales, que imponen aquella que llamamos *igualdad formal*: la cual a su vez es, no ya «contradicha», sino «violada», cuando de hecho resultan discriminadas las diferencias que tales derechos obligan a tutelar.

11.14. *Las garantías de la igualdad como garantías de las diferencias.
Semántica y pragmática del principio de igualdad*

Las garantías de la igualdad contra las discriminaciones de las diferencias pueden ser a su vez de dos tipos, según que la igualdad perseguida imponga que la diferencia *no tenga relevancia* como fuente de discriminaciones o de privilegios, o al contrario que *tenga relevancia* para no ser discriminada. Consideremos por ejemplo las discriminaciones en materia laboral, sobre las que volveré en el § 14.17: se hallan comprendidas en el primer tipo, dirigidas a no hacer aparecer y a no dar relevancia a las diferencias, la obligación en el viejo derecho del trabajo italiano de la contratación mediante llamamiento no nominativo y, en general, la prohibición de discriminaciones y privilegios; en cambio, forman parte de las garantías del segundo tipo, dirigidas a evidenciar y a dar relevancia a las diferencias, aquellas que proporcionan las llamadas «acciones positivas» para la ayuda de sujetos generalmente discriminados, por ejemplo a causa de su identidad de género.

Este tipo de acciones es mirado habitualmente con fastidio y sospecha también por una parte del pensamiento feminista, dado que revelaría finalidades de tutela que vendrían a sancionar de hecho la desigualdad. Me parece que es una objeción que contradice la premisa misma de una política del derecho orientada a la defensa de las diferencias contra las discriminaciones de las que son objeto. Si se tiene en cuenta ciertamente que tales discriminaciones constituyen el efecto de la tácita aplicación de una regla de tipo homologante que de hecho selecciona positivamente a quien se conforma al modelo normativo dominante y negativamente a quien no se conforma, entonces se justifica una nueva regla que seleccione positivamente la diferencia discriminada y que, según una feliz expresión propuesta por Letizia Gianformaggio, opere como «una suerte de regla transitoria de actuación» del principio de igualdad, y precisamente de aquel de sus corolarios que es la igualdad sustancial propuesta por el segundo apartado del artículo 3 de la Constitución italiana⁶⁸. Si en cambio semejante regla de actuación de la igualdad resulta contestada, acaso con el argumento de que la acción positiva confirmaría la desigualdad desde el momento en que tutela la diferencia discriminada, ello quiere decir que se asume implícitamente que la igualdad así realizada iría en detrimento de las diferencias individuales de «mérito» (cualquier cosa que se entienda con esta palabra) y que por tanto se supone que la discriminación no existe, siendo los criterios de «mérito» considerados, en contraste con la lamentada discriminación, perfectamente objetivos, neutrales e imparciales⁶⁹.

Ahora bien, es indudable que las discriminaciones existen. Atendamos de nuevo a las discriminaciones de género. Su existencia se comprueba en el hecho de que siempre que el acceso de la mujer al mundo del trabajo se basa con (relativa) certeza sobre criterios de mérito, no se producen discriminaciones. Piénsese en los resultados escolares, en el

número y calidad de las mujeres licenciadas y, sobre todo, en la selección de los concursos de acceso —a la judicatura, a la enseñanza, a la Administración Pública— donde la mujer no obtiene menores éxitos que el hombre. En cambio, cuando el ingreso se produce por cooptación, la discriminación es la regla. Pensemos en el menor número de mujeres candidatas en las elecciones, en su escasa presencia en el parlamento y en otros órganos electivos, en las discriminaciones dentro de las profesiones y en las atribuciones de cargos y funciones dirigentes, tanto en la Administración Pública como en la empresa privada. Resulta pues evidente que la discrecionalidad selectiva que se manifiesta en la cooptación no respeta ningún criterio de mérito, sino que deja libre espacio a la discriminación. Por ello la garantía de la igualdad sólo puede venir a través de la garantía de la diferencia y viceversa. Es lo que establece el artículo 3 de la Constitución italiana, cuyo primer apartado impone que la diferencia no tenga relevancia como factor de discriminación, mientras que el segundo impone que, allí donde «de hecho» la discriminación se produzca en violación del primer apartado, sea eliminada como un «obstáculo de orden social» mediante las garantías primarias o normas de actuación que son, por ejemplo, las acciones positivas.

En suma, precisamente porque es una norma, el principio de igualdad requiere ser asegurado contra sus múltiples violaciones a través de la garantía del igual valor y, por tanto, de la no discriminación de las diferencias. Estas violaciones y discriminaciones, de derecho y de hecho, se han manifestado desde las primeras proclamaciones de la igualdad en las constituciones de los siglos XVIII y XIX: que nacieron en contraste no sólo con la realidad de las relaciones sociales de su tiempo, sino también con el derecho entonces vigente, aunque también desde entonces viciado por más o menos latentes perfiles de ilegitimidad. Bien es verdad que esta antinomia fue producida y a la vez durante largo tiempo ocultada por el hecho de que el modelo normativo de la igualdad estaba pensado en referencia exclusiva al sujeto varón, además de blanco, propietario y ciudadano. Es verdad también que similar operación se basaba en una implícita e inconfesada teoría descriptiva de la igualdad y de la desigualdad que, de acuerdo con el segundo modelo antes comentado, asumía como «iguales» y antes aún como «personas» sólo a los varones blancos, propietarios, instruidos y ciudadanos, y sólo por sucesivas asimilaciones, de acuerdo con el tercer modelo, a todos los seres humanos diferentes de aquéllos. Así es como en la práctica el modelo universalista ha podido ser por mucho tiempo tranquilamente desatendido no sólo en el plano de los hechos sino también del derecho a través de las variadas discriminaciones de mujeres, proletarios, analfabetos y, todavía hoy, de todos los no-ciudadanos, excluidos aún de la clase de los «iguales». Pero esto quiere decir, simplemente, que ese modelo ha sido y continúa siendo violado, como desgraciadamente ha sucedido y continúa sucediendo con otros muchos principios y derechos constitucionales. De otra parte, sólo si se acepta esta asimetría de estatuto entre igualdad como norma

y diferencias como hechos, el principio de igualdad adquiere sentido como criterio de valoración que permita reconocer y recurrir contra la ineffectividad de la primera en las discriminaciones de hecho de las segundas⁷⁰.

Es esta asimetría la que por otra parte explica la permanente ambigüedad del principio universalista de igualdad, ligada a los cambios de sentido que ha sufrido con las variaciones de su dimensión pragmática. Desde los comienzos resultaron ocultas las violaciones, precisamente porque quien lo proclamaba pensaba responder sólo a las discriminaciones de las que él mismo había sido víctima: así pues, las propias discriminaciones y no las de los demás. Cuando en 1776 los colonos de Virginia declararon que «todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes» no pensaban ciertamente en sus esclavos. Análogamente, cuando el 26 de agosto de 1789 la Asamblea nacional francesa proclamó la igualdad *en droits* de todos los «hombres», los representantes del Tercer estado que la componían pensaban sólo en sí mismos: en los privilegios feudales y en las diferencias de clase que entendían derribar, pero no ciertamente en las discriminaciones de sexo, de nacionalidad o de carácter económico y social, que dejaban en cambio sobrevivir simplemente ignorándolas. Siempre, sin embargo, el principio ha sido después esgrimido por quienes con respecto al mismo seguían en cada momento discriminados y que han tomado la palabra para empuñarlo, mediante una redefinición de su significado, contra quien antes lo había enarbolado para sí mismo.

En suma, esta historicidad de la dimensión semántica y al propio tiempo pragmática del principio de igualdad permite resolver una aparente aporía: el hecho de que haya sido pensado y originariamente modelado sobre parámetros masculinos y de clase, y que sin embargo haya mantenido y conserve todavía, gracias a las luchas emprendidas en su nombre y a las nuevas subjetividades que ha promovido, un carácter permanentemente revolucionario. Las dos dimensiones del principio —la una conservadora y mistificadora, la otra desmistificadora y revolucionaria— se conectan la primera a su concepción como tesis asertiva, que asume como «realizada» o peor como «verdadera» la igualdad modelada en cada ocasión sobre parámetros de parte, ignorando sus violaciones en perjuicio de quien está excluido, y la segunda a su concepción como norma, que permite comprender y combatir como su violación las concretas discriminaciones y desigualdades. En sentido cognitivo, o sea, entendida como *hecho*, la igualdad es en todo caso falsa. En sentido prescriptivo, o sea, como *valor*, expresa en cambio un ideal límite, jamás plenamente realizado y sin embargo progresivamente realizable, donde el principio sea tomado en serio, gracias a la percepción, al descubrimiento y a la denuncia de sus violaciones.

Por lo demás, la historicidad de la dimensión semántica alcanza al entero ordenamiento jurídico. Todo el derecho, como se ha dicho en los § 4.1, 4.7, 6.7, 8.8, 8.10, 9.16 y 10.22, no es más que un mundo de sig-

nificados asociados a estos particulares signos o textos lingüísticos que son las leyes. Y estos significados, a través de los que leemos y valoramos normativamente la realidad, no están dados de una vez y para siempre, sino que cambian con la mutación de las culturas, de la fuerza y de la conciencia de los actores sociales que son al mismo tiempo intérpretes, críticos y productores del derecho. El principio de igualdad es ciertamente, de entre todos los principios normativos, el más expuesto a estos cambios de significado. En efecto, la percepción de la desigualdad, así como la de la violación de los derechos, es siempre un fenómeno social: una percepción en un primer momento minoritaria incluso para quienes son víctimas de una cierta desigualdad, después compartida por la mayoría de ellos y finalmente destinada con el desarrollo y el éxito de sus luchas a generalizarse y a convertirse en opinión común. Análogamente, la valoración de las diferencias es siempre un hecho social antes de convertirse en un hecho jurídico: cuando una diferencia tradicionalmente ignorada o discriminada como desvalor, como por ejemplo la diferencia de sexo, viene reivindicada como «valor» por cuantos son víctimas de la discriminación, entonces y sólo entonces reaparece la afirmación de respeto como presupuesto de su tutela y valoración jurídica. De este modo se explican las progresivas ampliaciones del significado extensional del principio de igualdad provocadas por tantas luchas que, en el curso de los dos últimos siglos, han iluminado y combatido otras tantas violaciones: de las luchas de los trabajadores a las de liberación de los pueblos, de las luchas contra la segregación de los negros en los Estados Unidos y en África del Sur a las batallas de las mujeres y a las experiencias que les dieron soporte. Así ha ocurrido que desigualdades y discriminaciones que antes no se percibían, porque durante mucho tiempo fueron ocultadas por el sentido de su «normalidad», aparecen después en toda su evidencia desde el momento en que han sido primero advertidas, luego combatidas y finalmente abolidas en el plano normativo como anomalías inaceptables, aunque no siempre, y en todo caso sólo en parte eliminadas en el plano efectivo. Y, ciertamente, desigualdades y discriminaciones que hoy no aparecen, o cuando menos no son percibidas como intolerables, comenzando por las que generan las leyes contra los inmigrantes que separan ciudadanos y no-ciudadanos, aparecerán y reclamarán ser eliminadas mañana.

11.15. *Esfera pública y esfera privada*

En este punto y a partir de la tipología de los derechos y de las garantías de la que ya disponemos, es posible intentar una reformulación de una de las distinciones más discutidas y controvertidas de la ciencia jurídica: la que se traza entre las esferas del «(derecho) público» y del «(derecho) privado»⁷¹. Se debate ante todo el sentido de la distinción: si se trata de una rígida contraposición, según el llamado «modelo dicotómico», o

bien de una frontera móvil e incierta entre las dos esferas, según el «modelo de la absorción» de la una en la otra, o en fin de una distinción inadmisibile, de acuerdo con el «modelo de la unidad del ordenamiento»⁷². Además, son discutidos y controvertidos los criterios que permiten establecer la distinción: del criterio de los intereses —públicos o privados, generales o singulares, colectivos o individuales— implicados en cada uno de los sectores, al del carácter necesario o dispositivo de las normas a ellos respectivamente reconducibles; del criterio de la disparidad o de la paridad entre los sujetos de las relaciones jurídicas correspondientes al, análogo, de los poderes públicos de los que está investido y conforme a los cuales actúa uno de los sujetos de la relación⁷³.

La primera cuestión que en el plano teórico es preciso aclarar es pues la del sentido de la distinción entre público y privado, hoy en mi opinión más que nunca esencial a los fines del análisis del paradigma del estado de derecho y de la democracia constitucional, si no directamente para la entera fenomenología del derecho⁷⁴. La distinción, como son siempre las distinciones teóricas, resulta obviamente estipulativa, basada en definiciones igualmente estipulativas, como tales ni verdaderas ni falsas sino más o menos adecuadas para la finalidad de clarificación y explicación de los conceptos distinguidos y definidos. De donde se derivan dos precisiones metateóricas en torno al sentido y alcance de la distinción. En primer lugar, tal distinción, según resulta de la adopción de uno o más de uno de los criterios propuestos, no se halla en absoluto comprometida por la existencia de estrechas relaciones entre las dos esferas. Al contrario, son justamente estas relaciones, que se manifiestan en el papel de garantía y conjuntamente de límite desarrollado por la esfera pública en relación con la esfera privada, las que postulan la necesidad de la distinción y las que, por otra parte, excluyen que la misma contradiga la unidad del ordenamiento.

En segundo lugar, y sobre todo, la distinción, siendo de naturaleza teórica entre conceptos, no viene en modo alguno desmentida ni por la falta de certeza, ni por la movilidad de hecho de los confines entre las dos esferas y ni siquiera por la tendencial absorción de la una en la otra, acaso hasta la publicación de la entera esfera privada o, al contrario, la privatización de la entera esfera pública. Ciertamente, en la historia, los confines entre público y privado cambian y se desplazan, en un sentido o en otro. Es igualmente innegable que hoy asistimos a la progresiva reducción de la esfera pública, que se manifiesta de un lado en los crecientes procesos de privatización, y de otro en la ausencia de límites y vínculos reivindicada y en parte obtenida por la autonomía privada. Pero en otras experiencias —pensemos en las de los socialismos burocráticos del siglo pasado— se produjo el proceso opuesto: el de la tendencial y anómala supresión de la esfera de la autonomía privada y de una correlativa expansión de la pública⁷⁵. La esfera pública, como por lo demás la privada, podría incluso desaparecer o reducirse a una cantidad mínima de derechos, deberes y funciones. Pero esto en nada afecta

a la validez conceptual de la distinción; como asimismo tampoco nada afecta a la validez conceptual de la distinción teórica entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales el hecho de que un determinado ordenamiento no admita o de algún modo limite o reduzca unos u otros de estos derechos. Se puede sólo decir que la diferenciación entre las dos esferas es un rasgo característico de cualquier sistema jurídico no primitivo; que su formalización y la consiguiente separación entre economía y política, o si se prefiere entre sociedad civil e instituciones públicas, son un fruto del derecho moderno, conectado al nacimiento del Estado moderno como estado político-representativo, en oposición al viejo estado patrimonial; que, en fin, el progreso del estado de derecho se ha producido históricamente con la expansión de la esfera pública y de sus relaciones de limitación y garantía sobre los espacios de la esfera y de la autonomía privada.

El principal problema teórico —de enorme relevancia práctica, tanto jurídica como política— es por tanto el del equilibrio entre las dos esferas, como resulta del papel insustituible de garantía que, gracias a su distinción y separación, la esfera pública está llamada a desenvolver en defensa de los intereses generales, de los derechos fundamentales y de las propias esferas privadas. Es precisamente sobre este papel de garantía sobre el que podemos basar nuestra accidentada distinción. En efecto, una definición adecuada de las dos esferas me parece que pueda ser obtenida recurriendo a dos criterios, aparentemente distintos y sin embargo conectados entre sí.

El primer criterio es el expresado en la clásica máxima de Ulpiano: «publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim»⁷⁶. «Público», en este sentido, es lo que forma parte del interés de todos, en oposición a «privado», que en cambio es lo que pertenece al interés de cada uno con exclusión de los demás. La esfera pública (del «statum rei Romanae») coincide pues, en los ordenamientos modernos, con aquellas situaciones que reflejan la *utilitas omnium*, es decir, los intereses convenidos como «generales» o «de todos», comenzando por los intereses universales o de todos que son los derechos fundamentales (T11.15). La esfera privada en cambio es la de las situaciones que reflejan la *utilitas singulorum*, es decir, los intereses particulares porque exclusivamente propios de cada individuo, comenzando por aquellos intereses singulares que son los derechos patrimoniales.

El segundo criterio, que sirve para precisar y circunscribir el anterior, ya sugerido por Kelsen, es el que atiende a «dos distintos métodos de creación» de las normas, la autonomía y la heteronomía⁷⁷. Son de derecho privado todas las situaciones producidas con el concurso directo de sus destinatarios, mediante el ejercicio de los derechos civiles de autonomía privada, negocial o contractual. Son de derecho público aquellas otras producidas no ya directamente por los sujetos que resultan obligados, sino por el ejercicio, a través de instituciones establecidas

al efecto, de funciones heterónomas o autoritativas como la legislativa, la administrativa y la jurisdiccional. En ese sentido, el derecho privado es producido desde abajo, es decir, a través del ejercicio de derechos-poder difusos y generalizados entre todas las personas capaces de obrar; mientras que el derecho público es producido desde arriba y supone instituciones, funciones y fuentes normativas más o menos centralizadas. En pocas palabras, «privado» es la esfera de la autonomía, «público» es la esfera de la heteronomía⁷⁸.

Podemos adoptar el primero de estos dos criterios acudiendo a las relaciones de oposición hasta aquí formuladas: entre situaciones universales y singulares, entre normas téticas e hipotéticas, entre derechos fundamentales y patrimoniales, entre igualdad y desigualdad. La igualdad y la desigualdad jurídica, ya se ha dicho, son conceptos relativos: relativos en primer lugar a los derechos y a los deberes —universales o singulares— de los que cada uno es titular; en segundo lugar a las funciones y a las garantías, de nuevo según lo sean en interés de todos o en interés de los particulares. El segundo criterio es todavía más simple: son expresión de autonomía todos los actos y los efectos producidos por el ejercicio de los derechos civiles de autonomía privada; son expresiones de heteronomía todos los actos y efectos que por el contrario no representan el ejercicio de tales derechos. Separando los dos criterios en la definición de la esfera pública y enlazándolos en la de la esfera privada, podemos identificar ambas esferas respectivamente con la suma y con el producto lógico de dos clases opuestas de situaciones, generadas a su vez en forma opuesta: la '*esfera pública*' se identifica así con el conjunto de las situaciones que incumben igualmente a todos y con las garantías establecidas y actuadas en el interés de todos, así como, por otra parte, con las situaciones producidas por actos preceptivos no autónomos sino heterónomos; la '*esfera privada*' con el conjunto de las situaciones que incumben a cada uno de forma exclusiva y singular y asimismo con las garantías de intereses igualmente exclusivos y particulares, producidas unas y otras a través del ejercicio de los derechos civiles de autonomía.

D11.36 '*Esfera pública*' es el conjunto de las situaciones de las que todos somos titulares, o que están establecidas en garantía de los intereses de todos y/o que no son producidas por el ejercicio de los derechos civiles de autonomía.

$$(w)(y')(SPUwy' \equiv (INSwy' \cdot SITy' \cdot ((z)(SGGz \rightarrow (TITzy' \vee (\exists y'')(GARy'y'' \cdot INTy'' \cdot SOGzy''))) \vee \neg(\exists x)(\exists r)(EFFy'x \cdot ESExr \cdot AUCr))))))$$

D11.37 '*Esfera privada*' es el conjunto de las situaciones de las que no todos son titulares, o que no están conferidas en garantía de los intereses de todos y que son, tanto unas como otras, producidas por el ejercicio de los derechos civiles de autonomía.

$$(w)(y')(SPRwy' \equiv (INSwy' \cdot SITy' \cdot \neg(z)(SGGz \rightarrow (TITzy' \vee (\exists y'')(GARy'y'' \cdot INTy'' \cdot SOGzy''))) \cdot (\exists x)(\exists r)(EFFy'x \cdot ESExr \cdot AUCr))))$$

Por tanto, esfera pública y esfera privada se distinguen y se contraponen (T11.135) en dos aspectos: en el aspecto del carácter universal o singular, de todos o de algunos, de los intereses que las componen y/o en el aspecto de su método de producción. Desde la primera perspectiva, cada una de ellas incluye el conjunto de dos categorías de situaciones: las situaciones de las que todos son titulares y/o que existen en garantía de los intereses de todos, y las situaciones de las que cada uno es titular singularmente y/o que existen en garantía de los intereses individuales. Desde la segunda perspectiva, a la esfera pública se añaden las situaciones producidas en forma heterónoma, mientras que de la privada forman parte sólo las producidas en forma autónoma. A partir de aquí es posible asignar a una u otra de las dos esferas gran parte de las distintas situaciones.

Concretamente, desde la perspectiva de la titularidad, pertenecen a la esfera pública todas las situaciones universales (T11.136). Son en cambio siempre singulares, perteneciendo a cada uno con exclusión de los demás, los derechos y los deberes, tanto positivos como negativos, pertenecientes a la esfera privada (T11.137). ¿Pero cuáles son las situaciones universales? Son ante todo, como sabemos, los derechos fundamentales (T11.8) que en cuanto derechos son intereses y en cuanto fundamentales son de todos (T11.15). Pero lo son también los deberes que corresponden a todos, como es típicamente el caso de las prohibiciones penales. ¿Y cuáles son las situaciones singulares que incumben a cada uno con exclusión de los demás? Son evidentemente los derechos patrimoniales (T11.81) y las obligaciones civiles, o sea, todas las situaciones entre las que median relaciones de derecho privado. En suma, de acuerdo con la primera parte de nuestras dos definiciones referidas a la titularidad de las situaciones, forman parte de la esfera pública todos los derechos fundamentales (T11.138), sean civiles o políticos, de libertad o sociales, así como los deberes universales, como la obligación de pagar impuestos y las normas penales (T11.139). Pertenecen en cambio a la esfera privada los derechos patrimoniales, reales o personales, así como los deberes singulares, como son típicamente las obligaciones contractuales. En pocas palabras, remite a la esfera pública el conjunto de las situaciones de las que todos somos titulares en condiciones de igualdad (T11.140); la esfera privada, al contrario, está formada siempre por situaciones de las que cada uno es titular en condiciones de desigualdad (T11.141).

T11.135 (w)(y)(SPUwy \rightarrow \neg SPRwy) D11.36, D11.37

T11.136 (w)(y)((INSwy \cdot SITy \cdot UNIy) \rightarrow SPUwy) D11.36, D10.30

T11.137 (w)(y)(x)(r)((INSwy \cdot SITy \cdot SINy \cdot EFFyx \cdot ESExr \cdot AUCr) \rightarrow SPRwy) D11.37, D10.31

T11.138 (w)(y)((INSwy \cdot DFOy) \rightarrow SPUwy) T11.136, T11.8, T10.117

T11.139 (w)(y)((INSwy \cdot DOVy \cdot UNIy) \rightarrow SPUwy) T11.136, T10.1, T6.62

T11.140 (w)(y)((z)(INSwy \cdot SITy \cdot TITzy \cdot UGUzy) \rightarrow SPUwy) T11.138, T11.137

T11.141 (w)(y)(SPRwy \rightarrow (INSwy \cdot SITy \cdot \neg (z)(TITzy \cdot UGUzy))) T11.140, T11.135, D11.37

La otra categoría de situaciones en relación con las que he definido la esfera pública y la esfera privada es la de las garantías de intereses, respectivamente de todos o de particulares. Entran en la esfera pública el conjunto de los deberes absolutos o *erga omnes*, es decir, establecidos en garantía de los derechos y más en general de los intereses de todos (T11.142): además de las prohibiciones penales de comportamientos lesivos de derechos fundamentales o de intereses generales, ya comprendidas en cuanto universales según la primera parte de la definición D11.36, todas las obligaciones y prohibiciones que corresponden a los órganos públicos en garantía de derechos fundamentales y de intereses generales: en particular, todas las garantías primarias, sean límites o vínculos, y todas las garantías secundarias de los derechos fundamentales (T11.143, T11.144). Forman parte en cambio de la esfera privada todos los deberes singulares o *erga singulum*: además de las obligaciones civiles, ya comprendidas en cuanto singulares a tenor de la primera parte de la definición D.11.37, todas las garantías no ya de intereses de todos (T11.145) sino de los intereses y de las expectativas de particulares. Consiguientemente, como veremos en el próximo párrafo, forman parte de la esfera pública las que identificaré como «funciones públicas», dirigidas precisamente a la garantía de derechos fundamentales y de intereses generales (D11.37); mientras que se integran en la esfera privada todas aquellas que llamaré «funciones privadas», orientadas en cambio a la garantía de derechos patrimoniales y de intereses particulares (D11.39). Retomando las imágenes avanzadas en §§ 6.7 y 11.7, diremos que la esfera pública se manifiesta en la red vertical de relaciones jurídicas (públicas) generadas por relaciones de grado internas al ordenamiento; la privada en la red horizontal de relaciones (privadas) generada por las contingencias a las que están sujetas las situaciones susceptibles de cambios, transferencias y sucesiones.

T11.142 (w)(y')(y)((INSwy' · SITy' · GARy'y" · INTy" · (z)SOGzy") → SPUwy') D11.36

T11.143 (w)(y')(y)((INSwy' · (GAPy'y" v GASy'y") · DFOy") → SPUwy')
T11.142, T11.2, T11.8, T10.188, D3.2,
T10.202, T10.203, T10.204, T10.1, T6.62

T11.144 (w)(y)(x)((INSwy · (LFOyx v VFOyx)) → SPUwy)
T11.143, D11.24, D11.25, T11.52

T11.145 (w)(y')(SPRwy' → (INSwy' · SITy' · (y")((GARy'y" · INTy") → ¬(z)SOGzy"))) T11.142, T11.135, D11.37

Tenemos además el segundo aspecto o criterio, aquel que sugiriese Kelsen, de acuerdo con el que hemos distinguido las dos esferas: enlazándolo al primero en la definición de la esfera privada y separándolo en la de la esfera pública. La esfera privada, es decir, el conjunto de las situaciones de las que se compone, aparece siempre generada por el ejercicio de la autonomía privada, ya se trate de derechos patrimoniales o de obligaciones, o bien de las garantías secundarias activadas por iniciativa del

sujeto interesado (T11.146). Pertenecen en cambio a la esfera pública, al ser expresiones de autoridad y de heteronomía (T11.147), las situaciones universales (T1.136), de los derechos fundamentales (T11.138) a los deberes universales (T11.139), como son típicamente las prohibiciones penales, así como las situaciones de garantía de los intereses de todos (T11.142), como los deberes fundamentales absolutos (T11.102-T11.103) impuestos, como límites o vínculos (T11.444), en garantía primaria o secundaria de los derechos fundamentales (T11.143).

T11.146 (w)(y)(SPRwy → (EFFyx · ESExr · AUCr) D11.37

T11.147 (w)(y)((INSwy · DOFy) → SPUwy) T11.144, T11.105

Sobre esta segunda diferencia se funda el nexo entre las dos esferas, ya señalado en el § 11.8 (T11.97 y T11.100): la esfera privada es producida por el ejercicio de los derechos fundamentales de autonomía, que sin embargo, al consistir en normas téticas y por tanto en situaciones universales y heterónomas, pertenecen a la esfera pública y no son por ello ni producidos por actos negociales (T11.98), ni disponibles mediante éstos en el ejercicio de la autonomía privada. Gracias a este nexo la esfera pública se configura como sistema de límites y conjunto de garantías de la esfera privada. Todos los límites y los vínculos impuestos a la autonomía privada —en tutela de los trabajadores, de los consumidores o de cualquiera que sea la parte débil— son en suma de derecho público, aunque obviamente incidan en la esfera privada, limitando los derechos-poder de disposición y garantizando todos los demás derechos⁷⁹.

Conforme a los dos criterios adoptados para fundar la distinción —el de los contenidos, respectivamente universales y singulares, y el de la forma de producción, respectivamente autónoma y heterónoma— ambas esferas son por tanto entre sí opuestas y contrapuestas (T11.135). Resulta claro que en este sentido «público» no equivale por completo a «estatal»: son públicas también normas no estatales sino *supra*- —extra— o *infra*estatales, siempre que sean heterónomas y dictadas en favor de intereses generales. Y es asimismo claro que en el sentido aquí adoptado la distinción entre «público» y «privado» se configura como dicotomía. Podrá permanecer incierta la asignación a una u otra esfera de esta o aquella situación o actividad. Pero en el plano conceptual las dos esferas se excluyen recíprocamente, por lo que su distinción comporta separación. Se trata, como veremos en el próximo capítulo y después en la parte cuarta, de una separación que constituye un rasgo distintivo del derecho moderno, equivaliendo a un principio normativo que excluye la confusión entre las dos esferas como inadmisibles conflicto de intereses.

Finalmente, es preciso subrayar que la distinción tiene carácter alternativo, pero no exhaustivo. En efecto, en el significado estricto aquí adoptado, la esfera privada, al designar el conjunto de las situaciones singulares y disponibles generadas para sus titulares en su exclusivo interés por el ejercicio de los derechos-poder de autonomía, es algo dis-

tinto de la esfera íntima de las libertades individuales o de la *privacy*, y en particular de la libertad de conciencia sustraída, como se verá en el capítulo XV, a cualquier límite o control, sea público o privado. Ésta es la «esfera que ningún gobierno debería tener permiso de invadir» correspondiendo, como escribe John Stuart Mill, a «una parte de la vida de cada uno donde el individualismo debería reinar soberano, sin que ni otros individuos ni la colectividad puedan ejercer ningún control»⁸⁰. A lo sumo esta esfera está conectada, como por lo demás también la privada, a las funciones de garantía que son propias de la esfera pública. Son pues tres las esferas que es preciso distinguir: la *esfera íntima* de las libertades-inmunidad, protegida frente a toda invasión o interferencia externa; la *esfera privada* de la autonomía individual, es decir, de los poderes privados y del mercado, sujeta como tal a límites y reglas; la *esfera pública*, que es la de la igualdad, es decir, de las garantías de todos los derechos fundamentales, desde las libertades y las autonomías a los derechos sociales, incluidas por tanto las instituidas para la salvaguarda de la esfera íntima y de la esfera privada⁸¹.

11.16. *Funciones e instituciones públicas, funciones e instituciones privadas*

A partir de la distinta naturaleza de las garantías que contribuyen a formar la esfera pública y la esfera privada podemos ahora formular otra importante distinción. Se recordará que en el § 10.3 he definido las funciones como los poderes-deberes conferidos en interés y para la garantía de expectativas de otros, o sea, de sujetos distintos a los que se imputan tales funciones (D10.6). Correlativamente a la distinción entre esfera pública y esfera privada, podemos pues distinguir entre funciones públicas y funciones privadas: las *funciones públicas* son las conferidas en garantía de los intereses de todos; las *funciones privadas* son las conferidas en garantía de los intereses sólo de algunos. Las primeras son *por cuenta de todos*, y por tanto en favor del «interés general»; las segundas *por cuenta sólo de algunos*, y por tanto en su «interés particular».

D11.38 *Las 'funciones públicas' son las funciones conferidas en garantía de los intereses de todos.*

$(y')(FPUy' \equiv (FUNy' \cdot (z)(SGGz \rightarrow (\exists y'')(GARy'y'' \cdot INTy'' \cdot SOGzy''))))$

D11.39 *Las 'funciones privadas' son las funciones conferidas en garantía de los intereses sólo de algunos.*

$(y')(FPRy' \equiv (FUNy' \cdot \neg(z)(SGGz \rightarrow (\exists y'')(GARy'y'' \cdot INTy'' \cdot SOGzy''))))$

Son por tanto funciones públicas todas la dirigidas a la tutela de intereses públicos o generales (T11.148), desde la función legislativa y de

gobierno a la administrativa de garantía primaria y a la judicial de garantía secundaria. «Los empleados públicos», dice por ejemplo el artículo 98 de la Constitución italiana, «están al servicio exclusivo de la Nación», o sea del conjunto de los ciudadanos. Y la Administración Pública, dice el artículo 97, debe someterse al principio de «imparcialidad», o sea, de la igual tutela de todos, sin privilegios ni discriminaciones. Son por tanto funciones públicas, en particular, todas las enderezadas al cumplimiento de las garantías, primarias y secundarias, de aquellos básicos intereses de cada uno y de todos que son los derechos fundamentales (T11.149). Son en cambio funciones privadas todas las funciones, institucionales y representativas, adscritas por ejemplo a sociedades comerciales y a sus empleados y orientadas a la garantía de intereses no de todos sino de sujetos privados (T11.150), como son en particular todos los derechos patrimoniales (T11.151). Resulta claro que las dos clases de funciones se excluyen recíprocamente: las funciones públicas son las no privadas (T11.152) y viceversa (T11.153), de modo que unas y otras forman una clasificación excluyente y exhaustiva (T11.154), que comporta, correlativamente a la oposición y por tanto a la separación entre esfera pública y esfera privada (T11.135), la incompatibilidad respecto a los mismos sujetos.

T11.148 $(y')(y'')((FUNy' \cdot GARY'y'' \cdot INTy'' \cdot (z)SOGzy'') \rightarrow FPUy')$ D11.38

T11.149 $(y')(y'')((FUNy' \cdot GARY'y'' \cdot DFOy'') \rightarrow FPUy')$

D11.38, T10.188, T11.8, D3.2, T10.116

T11.150 $(y')((FUNy' \cdot \neg(z)(SGGz \rightarrow (\exists y'')(GARY'y'' \cdot INTy'' \cdot SOGzy')))) \rightarrow$

FPRy')

D11.39

T11.151 $(y')(y'')((FUNy' \cdot GARY'y'' \cdot DPAy'') \rightarrow FPRy')$

D11.39, T11.81, D10.31, D3.5, D3.2

T11.152 $(y)(FPUy \equiv (FUNy \cdot \neg FPRy))$

D11.38, D11.39

T11.153 $(y)(FPRy \equiv (FUNy \cdot \neg FPUy))$

D11.38, D11.39

T11.154 $(y)(FUNy \equiv (FPUy \vee FPRy))$

T11.152, T11.153

Además es evidente que las ‘funciones públicas’ pertenecen a la esfera pública (T11.155), mientras que son ‘funciones privadas’ las pertenecientes a la esfera privada (T11.156). La esfera pública resulta así compuesta, esencialmente, por el conjunto de las situaciones universales, comenzando por los derechos fundamentales, y de las funciones públicas (T11.157), sean institucionales y por tanto dispuestas por normas téticas o representativas y por tanto predisuestas por norma hipotéticas. Al contrario, la esfera privada está confiada a la dinámica de las relaciones entre los particulares, generada por el ejercicio de los derechos civiles de autonomía y regulada predominantemente por normas hipotéticas. Obviamente, comprende también las funciones y las instituciones privadas, organizadas al servicio únicamente de los sujetos privados en cuyo interés son instituidas.

T11.155 $(w)(y)((INSwy \cdot FPUy) \rightarrow SPUwy)$

D11.38, D11.36, T10.55, T10.1, T6.62

T11.156 (y)((FUNy · SPRwy) → FPRy) T11.155, T11.135, D11.37, T11.153
 T11.157 (w)(y)((INSwy · (FPUy v (SITy · UNIy) v DFOy)) → SPUwy)
 T11.155, T11.136, T11.138

A partir de aquí podemos introducir una ulterior distinción entre *instituciones públicas* e *instituciones privadas*. También esta distinción, igual que la definición de la noción de «ente público» en oposición a la de «ente privado», resulta problemática en la doctrina jurídica, al estar construida sobre criterios inciertos y heterogéneos: a veces subjetivos, es decir, con referencia a la naturaleza de las personas jurídicas correspondientes, a veces objetivos, es decir, atendiendo a las funciones desempeñadas por éstas. Los conceptos de que disponemos nos permiten en cambio identificar las instituciones públicas y las privadas según sus distintas normas de reconocimiento y sus específicas razones sociales. Llamaré ‘instituciones públicas’ (o ‘políticas’) a todas aquellas cuya norma de reconocimiento es la norma sobre la competencia de los órganos encargados del ejercicio de funciones públicas o cuya razón social es la garantía de situaciones universales; denominaré ‘instituciones privadas’ a aquellas otras cuya norma de reconocimiento es la norma sobre la competencia de los órganos encargados del ejercicio de funciones privadas y cuya razón social es la garantía de situaciones pertenecientes a la esfera privada.

D11.40 ‘Institución pública’ es la institución cuyo estatuto contiene, como normas de reconocimiento, las normas sobre la competencia de los órganos y de los funcionarios encargados del ejercicio de funciones públicas y/o, como razón social, la garantía de situaciones universales.

(z)(w)(ISPzw ≡ (∃r')(∃r'')(ISZz · STTwz · INSwr' · NPRr' · INSwr'' · NPRr'' · (∃z')((NRIr'z · NCP'r'z' · (ORGz'z v FUZz'z) · IMPz'r'' · FPUr'')) v (RASr'z · GARr'r'' · SITr'' · UNIr'r'')))

D11.41 ‘Institución privada’ es la institución cuyo estatuto contiene, como normas de reconocimiento, las normas sobre la competencia de los órganos y de los funcionarios encargados del ejercicio de funciones privadas y, como razón social, la garantía de situaciones singulares.

(z)(w)(IPRzw ≡ (∃r')(ISZz · STTwz · INSwr' · NPRr' · INSwr'' · NPRr'' · (∃r'')(∃z')((NRIr'z · NCP'r'z' · (ORGz'z v FUZz'z) · IMPz'r'' · FPRr'')) v (∃r'')(RASr'z · GARr'r'' · SITr'' · SINr'r'')))

Es claro que la ambivalencia del concepto de ‘institución’ (D8.15) comentada en el § 8.13 afecta a las dos clases de instituciones, que pueden por ello ser contempladas como entes o sujetos jurídicos, o bien como ordenamientos: concretamente como entes, públicos o privados, cuando no sean consideradas como ordenamientos (T8.112, T8.113, T11.158), y como ordenamientos, a su vez públicos o privados, cuando

no sean consideradas como sujetos jurídicos (T8.114, T8.115, T8.159). Por otra parte, de nuestras dos clases de instituciones, la más importante es la primera, mientras que la segunda tiene un carácter residual. De donde resulta que las instituciones públicas son todas aquellas cuyo estatuto encomienda funciones públicas y/o adscribe derechos o deberes a todos (T11.160) y que, en cuanto tales, pertenecen a la que he llamado esfera pública (T11.161).

T11.158 $(z)(w)(ISP_{zw} \vee IPR_{zw}) \rightarrow (\neg ORD_z \rightarrow SGG_z)$

D11.40, D11.41, T8.112

T11.159 $(z)(w)(ISP_{zw} \vee IPR_{zw}) \rightarrow (\neg SGG_z \rightarrow ORD_z)$ T11.158

T11.160 $(z)(w)(ISP_{zw} \rightarrow (\exists r)(STTwz \cdot INS_{wr} \cdot NPR_r \cdot (FPU_r \vee (SIT_r \cdot UNIr))))$

D11.40

T11.161 $(z)(w)(ISP_{zw} \rightarrow (\exists r)(STTwz \cdot INS_{wr} \cdot (FPU_r \vee (SIT_r \cdot UNIr)) \cdot SPU_{wr}))$

T11.160, T11.157

Por tanto son públicas las instituciones encargadas del ejercicio de funciones públicas, o de la estipulación o de la garantía de situaciones pertenecientes a la esfera pública, como son los derechos fundamentales. Son privadas todas las demás. Obviamente, la institución pública históricamente más importante es el Estado, que es en realidad una institución compleja, articulada en varias instituciones —gobierno, parlamento, tribunales, autoridades de garantía, aparatos administrativos— investidas cada una de funciones y poderes distintos y por ello conectadas entre sí a través de complejas y multiformes relaciones de división y separación, como veremos en el próximo capítulo.

Por otra parte, es preciso subrayar una asimetría entre instituciones públicas e instituciones privadas. El hecho de que una institución esté encargada del ejercicio de funciones públicas no impide que pueda ejercer *también* funciones privadas, ni que la persona a la que corresponde su ejercicio pueda ser titular de situaciones privadas, como son los derechos patrimoniales. Únicamente si sus funciones son *sólo* privadas y su razón social es la consecución *sólo* de intereses privados nos encontraremos frente a instituciones privadas. Es el caso de muchos pero no de todos los llamados *entes públicos económicos*: en Italia, por ejemplo, la Radio Televisión Italiana (RAI) y los Ferrocarriles del Estado son instituciones públicas en cuanto su razón social es la garantía de intereses no de parte sino de todos, independientemente del hecho de que operen en régimen de derecho privado; mientras que son sin duda instituciones privadas las empresas comerciales pertenecientes al Estado o a otros entes públicos cuya razón social es únicamente el beneficio. Inversamente, también muchos entes aparentemente privados, como por ejemplo los que ejercen funciones educativas o sanitarias, son en realidad instituciones públicas si tales funciones están vinculadas por la ley a la garantía de intereses generales.

Esta asimetría depende del distinto vínculo que liga ‘razón social’ y ‘norma de reconocimiento’ en nuestras dos definiciones: que es de disyunción en la definición de ‘institución pública’ (D11.40) y de con-

junción en la de ‘institución privada’ (D11.41). Esto significa que para estar en presencia de una institución pública basta que al menos uno de estos dos términos sea de carácter público, mientras que para una institución privada es necesario que ambos sean de carácter privado. De aquí resulta que una institución pública bien puede ejercer funciones privadas, sin por ello dejar de ser pública; mientras que no vale lo contrario para las instituciones privadas, que dejan de ser privadas y se convierten en públicas si sus funciones asumen carácter público o su razón social llega a incluir las garantías de derechos fundamentales.

En definitiva, por oposición a la esfera pública, la esfera privada es sólo la de las situaciones singulares, relativas a intereses particulares propios únicamente de sus titulares. Mientras que la primera, como ya se ha dicho, equivale a la esfera de la igualdad, la segunda equivale a la esfera de la desigualdad jurídica. Una no puede ser alterada y por ello, en los estados democráticos de derecho, es objeto de garantía constitucional; la otra es por naturaleza contingente y mudable, dependiendo de las vicisitudes a las que las situaciones singulares vienen sometidas. Sin embargo, en democracia existe un nexo entre las dos esferas: los derechos fundamentales son de todos y de cada uno, y las funciones públicas, a su vez, no existen sólo en el interés de todos sino que representan también los intereses y la voluntad manifestada por cada uno en el libre ejercicio de aquellos derechos fundamentales que son los derechos políticos.

Se comprende entonces en qué sentido el Estado moderno nace de la separación entre esfera pública y esfera privada, ambas confundidas bajo el paradigma feudal del estado patrimonial. En efecto, la esfera pública es la de las funciones públicas ejercidas en el interés general, como resulta de su disociación y contraposición al interés privado del soberano y en general de los titulares de poderes públicos. Con la expansión de los derechos fundamentales, la misma se expande en una doble dirección. En primer lugar, porque el crecimiento de los derechos comporta, como indica la tesis T11.138, la ampliación y el aumento de las expectativas frente a las instituciones públicas. Se expande además, en segundo lugar, porque tal crecimiento, como dicen las tesis T11.142 y T11.149, reclama el aumento de las garantías y el desarrollo de las respectivas funciones. Desde ambas perspectivas, entre sí conectadas, la historia del Estado moderno puede ser leída como la historia de una progresiva expansión de la esfera pública y de sucesivas ampliaciones de su paradigma garantista: del estado absoluto orientado únicamente, según el modelo hobbesiano, a la garantía del derecho a la vida, al estado paleo-liberal, que era igualmente un estado mínimo dirigido, según el paradigma lockiano, sólo a la garantía de la vida, de los derechos civiles y de las libertades fundamentales, hasta los modernos estados constitucionales de derecho enderezados también, en las formas de la democracia política, a la garantía de los derechos políticos y sociales. Pero también la esfera privada se amplía, con la expansión del mercado, cada vez más invasivo y global. Ampliación que, por otro lado, debería comportar asimismo una

expansión de la esfera pública, cuando menos para asegurar las garantías secundarias. Al contrario, una esfera pública supranacional a la altura de los nuevos poderes económicos transnacionales privados no ha sido en absoluto realizada. Y esto, como veremos en el capítulo XVI, representa uno de los principales factores de la crisis moderna del paradigma del estado de derecho y de la democracia.

De otro lado, si es verdad que toda expansión de los derechos comporta una expansión de la esfera pública, no es cierto lo contrario. De acuerdo con el criterio usado en nuestra definición D11.36, la esfera pública bien puede expandirse también a través de una simple expansión de las funciones públicas en forma no ya de la garantía de los derechos sino del estado burocrático, paternalista y autoritario: pensemos sólo en los enormes aparatos burocráticos que fueron característicos del socialismo real. Como veremos en la parte cuarta, únicamente con la democracia constitucional, basada en el principio de igualdad y en la garantía de los derechos fundamentales como su específica ‘razón social’, se realiza una *esfera pública institucionalmente democrática*, separada de las singulares esferas privadas, pero conectada a éstas funcionalmente por la representatividad política y por la titularidad atribuida a todos de los derechos fundamentales por ella garantizados.

11.17. *Función legislativa, función administrativa y función judicial*

El análisis hasta aquí desarrollado ha mostrado la centralidad que en esta teoría desempeña el concepto de ‘garantía’. Son ‘garantías’, como se ha visto desde el capítulo III, todas las obligaciones y prohibiciones correspondientes a las expectativas: garantías primarias, como se ha precisado en el § 10.16, las correspondientes a los derechos subjetivos, garantías secundarias las correspondientes a la anulabilidad de los actos inválidos y a la responsabilidad por actos ilícitos, comenzando por aquellos cometidos en violación de las garantías primarias. Son además garantías, como se ha dicho en los §§ 8.12 y 10.9, las razones sociales de las instituciones establecidas en sus respectivos estatus. Son garantías, se ha añadido en el § 10.3, todas las funciones, que justamente por esto se distinguen de las potestades. Concretamente, son garantías de intereses generales o de derechos fundamentales las funciones públicas que, junto a los derechos mismos por ellas garantizados y a las otras situaciones universales, forman la esfera pública de las instituciones públicas. Mostraré ahora cómo los diferentes tipos y niveles de garantías ofrecen los criterios para fundar una tipología ideal de las funciones públicas, en relación con los distintos papeles de garantía asignados a las mismas.

Un primer tipo o nivel de funciones garantistas es evidentemente el satisfecho con la introducción de las garantías mismas. En una institución nomodinámica —como se ha visto desde los § 3.6 y 10.16-10.20 y como será ulteriormente mostrado en el § 12.14— las garantías, no obstante

hallarse implicadas como su razón social por las expectativas establecidas en su estatuto, existen en cuanto sean positivamente introducidas por específicos actos normativos, en ausencia de los cuales permanecen en el estado de obligaciones de establecerlas, o sea, de las que he llamado «garantías débiles», de hecho equivalentes a simples promesas. En una palabra, existen no porque deducidas sino porque producidas. Un ordenamiento dotado solamente de su estatuto —por ejemplo un ordenamiento estatal dotado solamente de su constitución o, más concretamente, el actual ordenamiento internacional con sus muchas cartas y Declaraciones de derechos— es un conjunto de vistosas lagunas.

Un segundo tipo o nivel de funciones garantistas es el asegurado por la actuación de las garantías primarias: es decir, por su cumplimiento, que equivale a la directa satisfacción o no violación de los correspondientes derechos. Se trata de las funciones mediante las que se produce operativamente el funcionamiento fisiológico de las instituciones públicas, o sea, la realización —más o menos satisfactoria, más o menos imperfecta, más o menos efectiva en vía primaria— de sus razones sociales, es decir, de los fines para los que han sido instituidas.

En fin, un tercer tipo o nivel de funciones garantistas es el asegurado por la actuación de las garantías secundarias: es decir, por su cumplimiento y en consecuencia por la satisfacción de las expectativas de condena por los actos ilícitos y de anulación de los actos inválidos que violan las normas y las garantías primarias así como los correlativos derechos. Se trata de las funciones cuyo ejercicio viene requerido por la patología de las instituciones a las que pertenecen con el fin de asegurar, con la actuación de la responsabilidad y de la anulabilidad, la efectividad cuando menos secundaria de las expectativas violadas en vía primaria.

Pues bien, no es difícil asociar estas tres distintas funciones a los tres clásicos poderes del estado de derecho: el poder legislativo, encargado esencialmente de la actuación de la razón social de las instituciones políticas a través de la introducción de las respectivas garantías; el poder ejecutivo, encargado de la actuación de las garantías primarias; y el poder judicial, encargado de la actuación de las garantías secundarias. Se las puede asociar a estos tres poderes, obviamente, en su modelo normativo y en su caracterización por así decirlo ideal-típica, es decir, en tanto en cuanto satisfagan la razón social para la que están instituidas.

Así pues, llamaré '*función legislativa*' a la función pública de producción de las garantías primarias y secundarias; '*función administrativa*' a la función pública de actuación de las garantías primarias; '*función judicial*' a la función pública de actuación de las garantías secundarias. Resulta claro que tanto la función legislativa como la administrativa no se limitan a las tareas de producción y actuación de las garantías. Sin embargo, en su definición, ciertamente incompleta, he querido aislar el papel que desarrollan con tales actividades, mediante la condición contrafáctica «si obedecen a la razón social de la institución pública a la que pertenecen».

D11.42 La 'función legislativa' es la función pública cuya actuación es fuente de normas y, si obedece a la razón social de la institución pública a la que pertenece, consiste en la producción de las correspondientes garantías primarias y secundarias.

$$(r)(FULr \equiv (FPUr \cdot (x)(ATZxr \rightarrow (\exists y')(FONxy' \cdot NORy' \cdot (w)(z)(y'')((OTTxw \cdot RASwz \cdot ISPz \cdot RASwy'') \rightarrow (FONxy' \cdot (GAPy'y' \vee GASy'y''))))))))$$

D11.43 La 'función administrativa' es la función pública que tiene como fuente la actuación de la función legislativa y cuyo ejercicio, si obedece a la razón social de la institución pública a la que pertenece, consiste en la satisfacción de las correspondientes garantías primarias.

$$(y'')(FUAy'' \equiv (\exists x')(\exists r)(FPUy'' \cdot FONx'y'' \cdot ATZx'r \cdot FULr \cdot (y')(x'')((\exists w)(\exists z)(ESEx''y'' \cdot OTTx''w \cdot RASwz \cdot ISPz \cdot RASwy') \rightarrow (SODx''y'' \cdot GAPy''y')))))$$

D11.44 La 'función judicial' es la función pública consistente en las garantías secundarias producidas por el ejercicio de la función legislativa y actuadas mediante actos cuya validez sustancial depende de la aplicación sustancial de las normas sustantivas sobre su producción.

$$(y'')(FUGy'' \equiv (\exists y')(\exists x')(\exists r')(FPUy'' \cdot GASy''y' \cdot FONx'y'' \cdot ATZx'r' \cdot FULr' \cdot (x'')(r'')((ATZx''y'' \cdot NSOr''x'') \rightarrow (VASx'' \rightarrow APSx''r'')))))$$

Estas tres definiciones no pretenden identificar exhaustivamente las tres funciones por ellas definidas. Se limitan, mediante las condiciones contrafácticas estipuladas en las mismas, a individualizar el papel garantista dictado por la razón social (cualquiera que sea) de las instituciones a las que pertenecen. Presentan por tanto estructuras diferentes, aptas para expresar los diversos papeles de las tres funciones, independientemente, como es obvio, de los órganos que en concreto las ejerzan. La función legislativa y la administrativa tienen en común su carácter discrecional y su ejercicio tiene un contenido atípico, al estar su validez condicionada al simple respeto (o coherencia con) y no ya a la aplicación de las (o subsunción en las) normas sustanciales sobre la producción (T11.162). Lo que caracteriza a la primera es el hecho de que su actuación constituye fuente de normas (T11.163); lo que caracteriza a la segunda es el hecho de que su fuente se halla en la actuación de la primera (T11.164). Su relación con las garantías, enunciada en la segunda parte de sus definiciones, es por tanto sólo hipotética: en los casos en que su actuación obedezca a la razón social de su respectiva institución, las funciones legislativas son fuentes de garantías primarias o secundarias (T11.165) y las administrativas consisten ellas mismas en garantías primarias (T11.166).

$$T11.162 (x)(y)((FULy \vee FUAy) \cdot ESExy \rightarrow ((r)(RISxr \cdot NSOrx) \rightarrow VASx))$$

T9.261, D9.19

T11.163	$(r)(\text{FULr} \rightarrow (\text{FPUr} \cdot (x)(\text{ATZxr} \rightarrow (\exists y')(\text{FONxy}' \cdot \text{NORy}'))))$	D11.42
T11.164	$(y)(\text{FUAY} \rightarrow (\exists x)(\exists r)(\text{FPUy} \cdot \text{FONxy} \cdot \text{ATZxr} \cdot \text{FULr}))$	D11.43
T11.165	$(r)(\text{FULr} \rightarrow (x)(\text{ATZxr} \rightarrow (w)(z)(y'')((\text{OTTxw} \cdot \text{RASwz} \cdot \text{ISPz} \cdot \text{RASwy}'') \rightarrow (\exists y')(\text{FONxy}' \cdot (\text{GAPy'y''} \vee \text{GASy'y''}))))))$	D11.42
T11.166	$(y')(\text{FUAY}' \rightarrow (x)(w)(z)(y'')((\text{ESExy}' \cdot \text{OTTxw} \cdot \text{RASwz} \cdot \text{ISPz} \cdot \text{RASwy}'') \rightarrow \text{GAPy'y''}))$	D11.43

A la inversa, la función judicial es una función de contenido típico y vinculado. Ante todo, consiste siempre en la garantía secundaria de la obligación de anulación de los actos inválidos o de la condena por actos ilícitos (T11.167). En segundo lugar, la validez sustancial de las actividades que constituyen su ejercicio aparece condicionada no ya al simple respeto, sino a la aplicación sustancial de las normas sustantivas sobre su producción (T11.168), que como veremos en el § 12.8 son las mismas que resultan violadas por los actos inválidos o ilícitos que mediante dichas actividades son constatadas.

T11.167	$(y'')(\text{FUGy''} \rightarrow (\exists y')(\exists x')(\exists r)(\text{FPUy''} \cdot \text{GASy''y'} \cdot \text{M}(\exists x'')(\exists x)(\text{OBLy''x''} \cdot ((\text{ANNx''x} \cdot \text{INVx}) \vee (\text{CONx''x} \cdot \text{ILLx})) \cdot \text{FONx'y''} \cdot \text{ATZx'r} \cdot \text{FULr}))$	D11.44, T10.206, T9.227, T10.197
T11.168	$(y)(\text{FUGy} \rightarrow (\text{FPUy} \cdot (x)(r)((\text{ATZxy} \cdot \text{NSOrx}) \rightarrow (\text{VASx} \rightarrow \text{APsrx}))))$	D11.44

Pero también la función administrativa y la judicial presentan rasgos comunes: teniendo ambas su fuente en el ejercicio de la función legislativa, las dos se sitúan respecto a esta última en un grado subordinado (T11.169, T11.170), como funciones institucionales (T10.80, T10.60) en sentido lato «ejecutivas». Sobre todo, además, mientras que la función legislativa, cuando obedezca a la razón social de la institución pública, es una *función de producción* de las garantías (T11.165), tanto la administrativa como la judicial son *funciones de actuación*, respectivamente, de las garantías *primarias* (T11.166) y de las garantías *secundarias* (T11.171). Concretamente, la función administrativa, de acuerdo con la función social de la institución a la que pertenece, es un poder que incluye la obligación de satisfacer y la prohibición de violar los derechos para cuya garantía está instituida (T11.172). La función judicial, a su vez, es un poder que incluye la obligación de anular los actos inválidos y de condenar por los actos ilícitos (T11.173) a cuya constatación, como se verá más adelante, se orienta su ejercicio.

T11.169	$(y2)(\text{FUAY2} \rightarrow (\exists y1)(\text{FPUy2} \cdot \text{GSUy2y1} \cdot \text{FULy}))$	T11.164, D2.7, D5.5, D8.2, D5.1
T11.170	$(y2)(\text{FUGy2} \rightarrow (\exists y1)(\text{FPUy2} \cdot \text{GSUy2y1} \cdot \text{FULy1}))$	D11.44, D2.7, D8.2, D5.1, D5.5
T11.171	$(y'')(\text{FUGy''} \rightarrow (\exists y')(\text{FPUy''} \cdot \text{GASy''y'}))$	T11.167
T11.172	$(y'')(\text{FUAY''} \rightarrow (x)(w)(z)(y'')((\text{ESExy''} \cdot \text{OTTxw} \cdot \text{RASwz} \cdot \text{ISPz} \cdot \text{RASwy''}) \rightarrow (\text{M}(\exists x)((\text{OBLy''x} \cdot \text{PRTxy'}) \vee (\text{DIVy''x} \cdot \text{LESxy'})) \cdot \text{GARy''y'} \cdot \text{DIRy'})))$	T11.166, D10.39

T11.173 $(y''')(FUGy'' \rightarrow (\exists y')(FPUy'' \cdot (\exists x')(M(\exists x'')(OBLy''x'' \cdot (ANNx''x' \vee CONx''x')) \cdot (\exists r)(REGry'' \cdot NORr) \cdot GARY''y' \cdot ((ANBy''x' \cdot INVx') \vee (RESy''x' \cdot ILLx'))))))$ T11.171, D10.40

Hemos obtenido así una tipología elemental de los tres poderes públicos clásicos, que luego, en los §§ 12.6 y 12.7, nos permitirá explicar su distinta fuente de legitimación, así como el fundamento axiológico de su separación. En el modelo normativo de la democracia constitucional, como se verá en el próximo capítulo, la función administrativa y la judicial, al estar subordinadas a la legislativa, no pueden confundirse con ésta, so pena de hacer vano el principio de legalidad. Ni pueden confundirse entre sí, dado que las garantías secundarias intervienen justo cuando resultan inefectivas las garantías primarias, con el fin de remediar la desobediencia a estas últimas, de manera que la función judicial no puede mezclarse con la administrativa sin que también se convierta en vano su papel de control.

En nuestro sistema de conceptos, por tanto, las garantías figuran en tres niveles distintos: en calidad de razón social estipulada como su fin en el estatuto de la institución; como efectos del ejercicio de la función legislativa; y como funciones inmediatamente administrativas y judiciales. Por ejemplo, en esa específica institución política que es la democracia constitucional y la razón social consistirá en la garantía, implícita en los derechos constitucionalmente establecidos, de satisfacerlos y tutelarlos mediante normas e instrumentos idóneos. Estas normas e instrumentos son justamente las garantías primarias y secundarias, positivamente introducidas por el ejercicio de la función legislativa y concretamente actuadas por el ejercicio de la función administrativa y de la función judicial. Los tres niveles a los que pertenecen las garantías se corresponden por tanto con los tres niveles del modelo normativo de la moderna democracia constitucional: *a)* el nivel constitucional, donde aparece postulada la metagarantía consistente en el deber de introducir las garantías de los derechos fundamentales y de los demás principios constitucionales; *b)* el nivel legislativo, donde se introducen, en cumplimiento del deber indicado, las garantías primarias o secundarias de los derechos establecidos; *c)* el nivel administrativo y el judicial, donde se actúan las garantías, respectivamente primarias y secundarias, introducidas en el nivel legislativo. La divergencia entre el primero y segundo nivel da lugar a la inefectividad estructural (D10.53-D10.55) consiguiente a las lagunas de garantías; la de los niveles segundo y tercero a la inefectividad, respectivamente primaria y secundaria, (D10.50 y D10.52), consiguiente a su desobediencia.

11.18. *Los derechos fundamentales y el paradigma del estado constitucional de derecho. La esfera de lo indecible*

En el próximo capítulo y en la parte cuarta analizaré extensamente el nexo entre los derechos fundamentales, sus garantías y la democracia. Desde ahora sin embargo es posible mostrar cómo sobre los cuatro rasgos distintivos de los derechos fundamentales, identificados en el § 11.7 en oposición a los de los derechos patrimoniales —universalidad contra singularidad, indisponibilidad contra disponibilidad, titularidad *ex lege* sobre la base de normas téticas contra titularidad *ex negotio* sobre la base de normas hipotético-deónticas, verticalidad contra horizontalidad— se funda la estructura del estado constitucional de derecho y de la democracia moderna. «La declaración de derechos» —proclamó el artículo 1 de la segunda parte de la Constitución francesa de 1795, ya recordado en el § 11.7— «contiene las obligaciones del legislador». El artículo 2 de la Constitución italiana, tras haber reconocido los «derechos inviolables del hombre», exige «el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social» correspondientes por parte de todos los consociados. Se trata, como he mostrado en el § 11.9, de una doble correlación: entre derechos universales (como son todos los derechos fundamentales) y deberes absolutos, y entre derechos absolutos (como son los derechos fundamentales individuales) y deberes universales. En esta doble correlación se basa la estructura garantista del estado de derecho.

La primera correlación —entre el conjunto de los derechos fundamentales, tanto individuales (o negativos) como sociales (o positivos) y los correspondientes deberes negativos (o límites fundamentales) y positivos (o vínculos fundamentales) de los poderes públicos— se realiza a través de la que he llamado «*esfera pública*» de las relaciones entre individuo y Estado (D11.36), que se halla en la base del *constitucionalismo de derecho público*. Concretamente, en los derechos individuales se basa el que podemos denominar *estado liberal de derecho*, cuya esfera pública está formada por el conjunto de prohibiciones o límites fundamentales impuestos para la garantía de aquéllos. En los derechos sociales se basa en cambio el que podemos llamar *estado social de derecho*, cuya esfera pública está formada por el conjunto de las obligaciones o vínculos mediante los que también tales derechos vienen garantizados.

La segunda correlación —la que se da entre derechos absolutos y prohibiciones universales, generalmente desatendida— sirve para fundar además los límites a la «*esfera privada*» de las relaciones entre los consociados. Tales son los límites fundamentales a la libertad de acción garantizados por el derecho penal sustantivo, que como ya he dicho y como mejor se verá en el capítulo XV, puede ser concebido en el modelo garantista como un sistema de garantías primarias y secundarias para la tutela de los intereses generales, comenzando por aquellos intereses de todos que son los derechos individuales. Pero de la misma clase son

los límites y vínculos al ejercicio de los poderes privados, igualmente expresados por obligaciones y prohibiciones bajo la forma de normas téticas: desde los ya señalados en el ámbito de las relaciones de trabajo y de familia a los dispuestos para la tutela del medio ambiente y del propio mercado, sin olvidar la indisponibilidad de los derechos fundamentales en el ejercicio de la autonomía negocial⁸². En esta perspectiva los derechos fundamentales forman la base de lo que en el capítulo XV llamaré *constitucionalismo de derecho privado*, sustancialmente extraño a nuestra cultura jurídica que siempre ha confinado el paradigma constitucional del estado de derecho a las relaciones entre individuo y Estado.

Considerando conjuntamente las dos correlaciones, diremos que los derechos fundamentales implican el conjunto de límites y de vínculos por eso llamados también ellos ‘fundamentales’ (D11.24 y D11.25) impuestos, en el estado constitucional de derecho, a los poderes de otra manera absolutos y salvajes, sean públicos o privados. Concretamente, al estar sustraídos a las decisiones políticas, determinan límites y vínculos a la política, o sea, a los poderes mayoritarios de gobierno; así como, al estar sustraídos a la transacción, determinan límites y vínculos al mercado, o sea, a los poderes de disposición de las personas en sus relaciones privadas. Es justamente en esta doble limitación, tanto de la democracia política como del mercado, donde reside, con aparente paradoja, la propia garantía de la una y del otro, asegurada por la inderogabilidad política y la indisponibilidad privada de los derechos fundamentales, comenzando por los derechos políticos y civiles sobre los que aquéllos se basan.

Así, la *forma* universal, inalienable e indisponible de los derechos fundamentales, se revela como la técnica de *garantía* dispuesta para la tutela de lo que en el pacto constitucional viene convenido como «fundamental»: o sea, de las necesidades sustanciales cuya satisfacción es condición de la convivencia civil y al mismo tiempo razón social de ese artificio que es el Estado. A la pregunta de «qué son los derechos fundamentales», si en el plano de su forma se puede responder *a priori* con el elenco de los caracteres estructurales que ha sido comentado en este capítulo, en el plano de los contenidos —o sea, de qué intereses son o deben ser protegidos como fundamentales— se puede responder sólo *a posteriori*: cuando se quiere garantizar una necesidad o un interés como fundamental, se lo sustrae tanto al mercado como a las decisiones de la mayoría estipulándolo como universal en la forma de normas téticas. Ningún contrato, ya se ha dicho, puede disponer del derecho a la vida. Ninguna mayoría puede disponer de los derechos fundamentales, diciendo por ejemplo que una persona sea condenada sin pruebas, o privada de la libertad personal o de los derechos civiles o políticos o, incluso, dejada morir sin asistencia o en la indigencia. Una vez téticamente establecidos, estos derechos prohíben, como ilícitos, inválidos o totalmente inexistentes, todos los actos dirigidos a lesionarlos o reducirlos.

De aquí la connotación *sustancial* impresa, en aparente paradoja, por las características *formales* de los derechos fundamentales al estado

de derecho y a la democracia constitucional⁸³. En efecto, son justamente «sustanciales», es decir, relativas no a la «forma» (al *quién* y al *cómo*) sino a la «sustancia» o «contenido» de las decisiones (o sea al *qué* no es lícito decidir o dejar de decidir), las reglas que establecen —más allá de y acaso contra la voluntad de la mayoría e incluso de sus propios titulares— los derechos fundamentales: tanto los *de libertad* que imponen prohibiciones, como los *sociales* que imponen obligaciones al legislador. Así resulta desmentida la concepción formal y procedimental de la liberal-democracia cual sistema fundado sobre una serie de reglas que aseguran la omnipotencia política de la mayoría y la absoluta libertad de la economía de mercado. Si las reglas sobre la representación política y sobre la autonomía negocial son *normas formales* sobre la producción de las decisiones sobre lo que es jurídicamente *decidible*, los derechos fundamentales circunscriben la que podemos llamar *esfera de lo indecidible*: de lo *no decidible que*, o sea, de las prohibiciones correspondientes a los derechos de libertad, y de lo *no decidible que no*, o sea, de las obligaciones públicas determinadas por los derechos sociales⁸⁴. Por esto, en la parte cuarta, el paradigma del estado constitucional de derecho podrá ser identificado, con una expresión no obstante desgastada por muchos usos ideológicos, como la dimensión «sustancial» de la moderna democracia. Puesto que, como veremos desde el próximo capítulo, es precisamente en los derechos fundamentales donde residen en democracia las principales normas sustantivas de la constitución sobre la producción de las leyes (las establecidas generalmente en su primera parte): normas que, según la definición D9.12, prescriben las condiciones de su *validez sustancial*, a diferencia de las normas formales (las establecidas por lo común en su segunda parte) que establecen en cambio las condiciones de su *vigencia* y de su *validez formal*. Identificaremos por tanto las normas formales sobre la vigencia y sobre la validez formal, que regulan las *formas* de expresión de la voluntad de la mayoría, con las reglas de la que llamaré democracia *formal* o *política*; y las normas sustantivas sobre la validez sustancial, que vinculan bajo pena de invalidez la *sustancia* o el *significado* de las decisiones al respeto de los derechos fundamentales, con las reglas de la que bien podemos llamar democracia *sustancial*.

El paradigma del constitucionalismo no es otro que esta sujeción del derecho al derecho generada por esa disociación entre vigencia y validez, entre mera legalidad y estricta legalidad, entre forma y sustancia, entre legitimación formal y legitimación sustancial o, si se quiere, entre las weberianas «racionalidad formal» y «racionalidad material». Gracias al reconocimiento de esta disociación se diluye la «presunción de legitimidad» asociada por el positivismo dogmático al derecho positivo⁸⁵. En efecto, los derechos fundamentales sancionados en las constituciones operan como su fuente de deslegitimación y de invalidación, y no sólo de legitimación y justificación. Desde esta perspectiva bien podemos decir que el paradigma del estado constitucional de derecho y de la democracia constitucional es hijo de la filosofía contractualista. En

un doble sentido. En el de que las constituciones no son sino contratos sociales en forma escrita y positiva: pactos de convivencia civil generados históricamente por movimientos revolucionarios que han sido en su momento impuestos a los poderes públicos, de otro modo soberanos, como fundamentos de su legitimidad. Y en el sentido de que la idea del contrato social representa una gran metáfora de la democracia en las dos dimensiones en que será más tarde articulada: de la democracia «política» o «formal», dado que con ella la legitimación del poder político resulta fundada, por vez primera en la historia, sobre el consenso de los contratantes, o sea, de los consociados, y por tanto desde la base y no desde arriba; del estado de derecho y de la que llamaré democracia «sustancial», dado que este contrato no es un acuerdo vacío, sino que tiene como cláusula y como «razón social» la garantía de los derechos fundamentales, cuya violación por parte del soberano legitima la ruptura del pacto, hasta la insurrección y la guerra civil.

Se manifiestan así de manera transparente los ascendientes teóricos iusracionalistas de los derechos fundamentales, bien distintos de los civilistas y romanistas de los derechos patrimoniales. Si es verdad que los derechos fundamentales no son otra cosa que el contenido del pacto constituyente, debemos reconocer su paternidad a Thomas Hobbes, teórico del absolutismo. Justamente es el derecho a la vida el que ofreció el paradigma, como derecho universal cuya tutela justifica el tránsito de la sociedad salvaje del *bellum omnium* a la sociedad civil. Y es en la teorización del Leviatán como su garante donde puede rastrearse la primera idea de la esfera pública como lugar de tutela de los derechos fundamentales. Este papel de la esfera pública, limitado por Hobbes a la sola tutela del derecho a la vida, se ha extendido después a la garantía de otros derechos que progresivamente han sido afirmados como fundamentales: los derechos de libertad, en el pensamiento de Locke y en las primeras Declaraciones de derechos; luego los derechos políticos y las libertades de reunión y asociación en las constituciones del siglo XIX; todavía más tarde, el derecho de huelga y los derechos sociales en las constituciones del siglo pasado, hasta los nuevos derechos a la paz, al medio ambiente y a la información hoy reivindicados pero no siempre y no todos constitucionalizados. Siempre, los derechos fundamentales se afirman una y otra vez como *leyes del más débil*, en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia.

La historia del constitucionalismo es la historia de esta progresiva ampliación de la esfera pública de los derechos y de las conexas funciones de garantía. Una historia no teórica, sino social y política, dado que ninguno de estos derechos jamás ha caído del cielo, sino que todos han sido conquistados por movimientos revolucionarios: las grandes revoluciones americana y francesa, después los movimientos decimonónicos por las constituciones, en fin, las luchas obreras, feministas, ecologistas y pacifistas del pasado siglo. Bien podemos decir que las distintas generaciones de derechos equivalen todas ellas a otras tantas generaciones

de movimientos revolucionarios: de las primeras revoluciones contra el absolutismo real a las constituciones modernas, como la italiana y la alemana nacidas del repudio al fascismo y al nacionalsocialismo como pactos fundadores de la democracia constitucional. También la propia Carta de la ONU, nacida tras la segunda guerra mundial como pacto fundador de un nuevo orden contra el viejo *ancien régime* de la anarquía internacional basado en la soberanía ilimitada de los Estados.

Esta extensión de los derechos fundamentales a la esfera privada y al nivel internacional permite por ello una ampliación del estado de derecho bastante más allá de lo que fueron sus viejos confines estatistas. Hablaremos así, en el próximo capítulo, junto al «estado de derecho público», también del «estado de derecho civil» y del «estado de derecho internacional»; no sólo de límites a la democracia política, sino también de límites a la autonomía económica y privada; no sólo de un constitucionalismo público y estatal, también de un constitucionalismo civil o de derecho privado y, por otro lado, de un constitucionalismo internacional. Pero es claro, como se verá, que para que una tal extensión se produzca con un mínimo de efectividad, es necesaria la afirmación, más allá de los confines estatistas de nuestra tradición iuspublicista, de un sistema de garantías y de instituciones de garantía de derecho privado, así como de derecho internacional que sometan todos los actos que son ejercicio de poder, de cualquier forma y nivel, a límites y vínculos constitucionales como condiciones de su licitud y/o validez. Y es necesario, sobre todo, que se resuelvan las antinomias y las lagunas de garantías que, como veremos en el § 12.13, son un reflejo inevitable de la normatividad del derecho frente a sí mismo que representa el rasgo característico de la democracia constitucional: su mayor defecto pero también su mayor virtud, por la divergencia inevitable y sin embargo reducible entre el derecho como norma y el derecho como hecho.

NOTAS

1. Recuérdese la primera página del *Leviatán*, donde se habla del «arte», o sea, del artificio que «crea ese gran Leviatán que llamamos República o Estado, en latín *Civitas*, y que no es otra cosa que un hombre artificial. Es éste de mayor estatura y fuerza que el natural, para cuya protección y defensa fue concebido» (Th. Hobbes, *Leviatán, o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Alianza, Madrid, 1989, Introducción, p. 13). El nexo entre derechos fundamentales y persona humana o natural aparece expresamente afirmado en el artículo 2 de la Constitución italiana: «La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ora como individuo, ora en el seno de las formaciones sociales donde aquél desarrolla su personalidad». Todavía más explícitamente se halla enunciada esa idea en constituciones más recientes: por ejemplo, en el artículo 1 de la Constitución de El Salvador, que enuncia además el nexo medio/fin entre las instituciones políticas y la persona humana: «El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad

jurídica y del bien común. En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social».

2. Sobre esta variedad terminológica, cf. G. Peces-Barba Martínez, *Curso de derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1991, pp. 19-34; M. C. Barranco Avilés, *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*, Dykinson, Madrid, 1996. Sobre los orígenes filosóficos del concepto de derechos fundamentales cf. también de G. Peces-Barba Martínez, *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 23-175. La opción aquí escogida en favor de la expresión 'derechos fundamentales' se justifica, en negativo, a la luz del significado más restringido que será asociado a términos como 'derechos humanos' (D11.6), 'derechos públicos' (D11.7), 'derechos de la persona' (D11.2), 'derechos de ciudadanía' (D11.3) y 'derechos constitucionales' (que son los únicos derechos fundamentales establecidos en las constituciones), así como por las connotaciones iusnaturalistas de términos como «derechos morales» o «derechos naturales»; y se justifica, en positivo, por el hecho de que tales derechos y sus garantías están previstos, en las constituciones rígidas, como «fundamentos» axiológicos y razones sociales de la democracia constitucional (D12.22, D12.23, T12.117, T.12.167). En particular, el uso de expresiones como «derechos morales» o «derechos naturales», y en general de la palabra «derechos» para designar situaciones no jurídicas porque (todavía) no previstas por el derecho positivo, pertenece al lenguaje moral o político: como ha observado Uberto Scarpelli, «la palabra 'derecho' en la historia de la cultura está cargada de una fuerza emotiva favorable e intensa, hasta constituir un instrumento retórico de notable eficacia [...] Quien se bate por los derechos, en suma, hace con el lenguaje una política del derecho, dedicándose a influir sobre el derecho positivo en provecho de clases de sujetos» («Diritti positivi, diritti naturali: un'analisi semiotica», en S. Caprioli y F. Treggiari, *Diritti umani e civiltà giuridica*, Pliniana, Perugia, 1992, pp. 40 y 41).

3. Sobre estos cuatro significados de la cuestión de los fundamentos de los derechos fundamentales y sobre la falacia ideológica consiguiente a su confusión, señalada en el § 8 de la Introducción, remito a mis «Diritti fondamentali e democrazia costituzionale»: *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 331-350, en particular pp. 333-335; «Derechos fundamentales y crítica del derecho», en *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004, pp. 283 ss. En especial, sobre la tesis del fundamento estipulativo y del carácter «formal» de la definición teórica aquí propuesta, así como sobre los equívocos suscitados por la misma, remito a mi trabajo *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 19-21, a las intervenciones críticas de Danilo Zolo (*ibid.*, pp. 76-104), Ermanno Vitale (*ibid.*, pp. 63-73 y 267-275), Luca Baccelli (*ibid.*, pp. 197-213) y Anna Pintore (*ibid.*, pp. 243-265), así como a mi réplica (*ibid.*, pp. 141-153 y 291-300). Análogas críticas me han formulado A. Ruiz Miguel, «Validez y vigencia: un cruce de caminos en el modelo garantista», en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 211-232, y A. Rentería Díaz, «Derechos fundamentales, constitucionalismo y iuspositivismo en Luigi Ferrajoli», *ibid.*, pp. 119-145. Cf. mi respuesta en *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, Madrid, 2009, cap. III.

4. Es la clásica tesis de Savigny, según la cual «como no tratamos aquí más que del derecho privado, sólo a sus relaciones es a las que se aplica la capacidad artificial de la persona jurídica [...] Un segundo punto no menos esencial es que

la persona jurídica no afecta sino al derecho de bienes [...] Las relaciones de derecho que mantienen las personas jurídicas son: la propiedad y los *jura in re*, las obligaciones, las sucesiones como medio de adquirir el poder sobre los esclavos, el patronato, y, en los últimos tiempos del derecho romano, el colonato»; «las personas jurídicas», concluye Savigny, «no son sino sujetos capaces de poseer» (*Sistema del derecho romano actual*, Comares, Granada, 2005, § 85, pp. 287-288). Obviamente, aún menos sentido tendría hablar de ‘derechos fundamentales’ de las instituciones públicas.

5. Véanse algunas formulaciones, *supra*, en la nota 12 del capítulo VII e, *infra*, en la nota 13 de este capítulo.

6. El estatuto ontológico de los derechos humanos se ha convertido ya en un tema clásico de la reflexión filosófico-jurídica. Me limito a recordar la orientación neoiusnaturalista de J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights* [1980], trad. cast. y estudio preliminar de C. Orrego, *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, y de C. S. Nino, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Astrea, Buenos Aires, 1984, reimp., Ariel, Barcelona, 1989. La crítica más convincente a la pretensión de un fundamento «absoluto» de los derechos humanos sigue siendo la de N. Bobbio, «Sul fondamento dei diritti dell'uomo» [1964], ahora en *Íd.*, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990 (trad. cast. de R. de Asís, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991). Véanse también, en desacuerdo con las tesis de Carlos Nino, las consideraciones de E. Bulygin, «Sobre el estatuto ontológico de los derechos humanos» [1987], en C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 619-625, y de R. J. Vernengo, *Dos ensayos sobre problemas y fundamentación de los derechos humanos*, en Cuadernos de Investigaciones del Instituto de Investigaciones jurídicas y sociales Ambrogio L. Gioia, Buenos Aires, 1989. Sobre la cuestión véanse además H. L. A. Hart, «Are there any Natural Rights» [1955], trad. cast. de G. Carrió, en H. L. A. Hart, *Derecho y moral. Contribución a su análisis*, Depalma, Buenos Aires, 1962, pp. 65-91; también de E. L. Suárez, en A. Quinton (ed.), *Filosofía política* [1967], FCE, México, 1974, pp. 84-105; *Fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, Serbal/Unesco, Barcelona, 1984, con ensayos introductorios de Paul Ricoeur, Vittorio Mathieu y Charles Taylor y contribuciones no sólo desde una perspectiva occidental; G. Peces-Barba Martínez (ed.), *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989; F. Viola, *Diritti dell'uomo, diritto naturale, etica contemporanea*, Giappichelli, Torino, 1989; *Íd.*, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2000; L. Gianformaggio, «Rapporti tra etica e diritto», en C. A. Viano (ed.), *Teorie etiche contemporanee*, Bollati Boringhieri, Torino, 1990, pp. 149-164; R. Guastini, «Derechos» [1994], en *Íd.*, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 186-192; M. Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*, UNAM, México, 2004, pp. 1-66. En mi opinión, la cuestión se resuelve distinguiendo los distintos significados —teórico, dogmático, axiológico e histórico-sociológico— que pueden ser asociados a la palabra «fundamento» (de los derechos humanos) y cuya confusión está en el origen de la mayor parte de los desacuerdos (véanse, *supra*, los trabajos citados en la nota 3).

7. «Protección» como figura distinta de «garantías», según he recordado en la nota 59 del capítulo X, es el término propuesto por Michelangelo Bovero para designar el rango constitucional que por lo común revisten las normas que reconocen derechos fundamentales («Tutela sovranazionale dei diritti fondamentali», en T. Mazzarese [ed.], *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei*

diritti fondamentali, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 239 ss.). Sobre la cuestión véase también la nota 35 del capítulo XII.

8. En cambio, distingue expresamente entre «derechos fundamentales» y «normas sobre derechos fundamentales», entre otros, R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 47 ss. La distinción ha sido por otra parte defendida con fuerza, en polémica con las tesis aquí sostenidas, por A. Pintore, «Derechos insaciables» [2000], en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 243-246 y 252-258, a las que he replicado en ese mismo volumen, III, § 4, pp. 323-329.

9. La expresión «derechos cívicos» es empleada por Santi Romano, «La teoria dei diritti pubblici soggettivi», en V. E. Orlando (ed.), *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, Società Editrice Libreria, Milano, 1900, vol. I, pp. 171-188, en un sentido bastante amplio, para designar todos los derechos fundamentales (por él llamados «públicos», según la terminología tomada de Jellinek) salvo los derechos de libertad y los derechos políticos: en otras palabras, al conjunto de los aquí llamados derechos civiles y derechos sociales. Piero Calamandrei en cambio propone usarla para referirse a los derechos sociales, en «Costituente e questione sociale» [1945], en *Id.*, *Scritti e discorsi politici*, ed. de N. Bobbio, La Nuova Italia, Firenze, 1966, vol. I, t. I, p. 153. Me parece que su uso menos equívoco es el aquí propuesto, como sinónimo de ‘derechos del ciudadano’ o ‘de ciudadanía’.

10. No es inútil precisar que los términos ‘primario’ y ‘secundario’ asociados a ‘derechos’ tienen un sentido del todo distinto e independiente del que adoptan en las expresiones ‘garantías primarias’ y ‘garantías secundarias’, ‘normas primarias’ y ‘normas secundarias’, ‘efectividad primaria’ y ‘efectividad secundaria’, ‘razones primarias’ y ‘razones secundarias para la acción’.

11. Contra el prejuicio corriente de considerar que hasta la Edad Moderna no es posible hablar de «derechos fundamentales» en el sentido aquí definido, véanse, sobre todo por lo que se refiere a la antigua Roma, G. Pugliese, «Appunti per una storia della protezione dei diritti umani»: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* (1989), 619-659; R. Bauman, *Human Rights in Ancient Rome*, Routledge and Kegan Paul, London, 2000. Véanse también las actas del congreso *Le monde antique et les droits de l'homme*, Actes de la 50 session de la Sihda, Bruxelles, 1996, Université Libre, Bruxelles, 1998. Especialmente, sobre los «derechos de la personalidad», sobre el *ius commercii* y más en general sobre los derechos conectados a la capacidad de obrar en la Roma republicana, cf. G. Crifò, *Libertà e uguaglianza in Roma antica. L'emersione storica di una vicenda istituzionale*, Bulzoni, Roma, 1984, en particular pp. 7 ss. y 269 ss.; *Id.*, «Per una prospettiva romanistica dei diritti dell'uomo», en K. M. Girardet y U. Nortmann (eds.), *Menschenrechte und europäische Identität. Die antiken Grundlagen*, Franz Steiner, Stuttgart, 2005; G. Oestreich, *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriss* [1978], trad. it., G. Gozzi (ed.), *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Laterza, Roma-Bari, 2001, II, pp. 16 ss., donde se recuerda, en particular, el pasaje de Cicerón (*De re publica*, III, 33; cf. E. Romagnoli [dir.], *op. cit.*, 1928, p. 137) en el que viene enunciado el principio de igualdad de todos los seres humanos prescrito por la ley («est quidem vera lex recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna» [la verdadera ley es, ciertamente, la recta razón, congruente con la naturaleza, aplicada a todos, inquebrantable, duradera]); B. Albanese, *Le persone nel diritto privato romano*, Palumbo, Palermo, 1979; G. Franciosi, *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al principato*, Giappichelli, Torino, 1999. Sobre los derechos políticos y de ciudadanía, siempre en la anti-

gua Roma, cf. W. Kunkel, *Römische Rechtsgeschichte. Eine Einführung* [1972], trad. cast. de J. Miquel, *Historia del Derecho romano*, Ariel, Barcelona, ⁸1982, pp. 13-31; Cl. Nicolet, *Le métier de citoyen dans la Rome républicaine* [1979], trad. it., *Il mestiere di cittadino nell'antica Roma*, Editori Riuniti, Roma, 1999; F. Salerno, *'Tacita libertas'. L'introduzione del voto segreto nella Roma repubblicana*, Esi, Napoli, 1999; F. Serrao, «Legge (Diritto romano)», en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, vol. XXIII, 1973, pp. 794 ss.; Id., *Classi, partiti e legge nella Roma repubblicana*, Pacini, Pisa, 1974, pp. 181 ss.; E. Grosso, *Le vie della cittadinanza. Le grande radici, i modelli storico di riferimento*, Cedam, Padova, 1997; G. Crifò, *Civis. La cittadinanza tra antico e moderno*, Laterza, Roma-Bari, 2000; F. Càssola y L. Labruna, «Le assemblee popolari», en M. Talamanca (ed.), *Lineamenti del diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 206-226. Sobre las garantías penales y procesales en el derecho romano —del principio de legalidad a la no punibilidad de los pensamientos, de la presunción de inocencia a las garantías del contradictorio— remito a mi *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, ⁹2009, pp. 137-138, 383, 482, 488, 551, 564-565 y 568. Cf. también, *infra*, la nota 23. Y véase, sobre todo, el pasaje de Cicerón sobre los *iura paria* referido en la nota 47 del capítulo VII. Sobre la historia de los derechos fundamentales en la Edad Moderna, cf., además de G. Oestreich, *Storia dei diritti umani...*, cit., con amplia bibliografía, la *Historia de los derechos fundamentales*, dirigida por G. Peces-Barba Martínez, E. Fernández García y R. de Asís Roig, t. I, *Tránsito a la modernidad. Siglos XVI y XVII*, y t. II, 3 vols., *Siglo XVIII*, Dykinson, Madrid, 1998 y 2001. Véanse además los cuatro volúmenes de Pietro Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, Laterza, Roma-Bari, 1999-2001, y A. De Gennaro, *I diritti in Occidente. Diritti individuali e filosofia politico-sociale occidentale*, Bononia UP, Bologna, 2006.

12. En Italia la plena capacidad de obrar —y consiguientemente la plenitud de los derechos secundarios, tanto civiles como políticos— ha sido concedida a las mujeres sólo en el siglo pasado: la capacidad civil en 1919 cuando con la supresión de la autorización marital la mujer adquirió la plena titularidad de los derechos civiles; la capacidad política en 1945, cuando le fue reconocido el derecho de voto junto con los demás derechos políticos. Véase, para otros países, la nota 23 del capítulo XIV. En cuanto al acceso a los cargos públicos, en 1919 se concedió a las mujeres en Italia una media capacidad política por el artículo 7 de la ley n.º 1176, de 17 de julio de 1919, que estableció: «Las mujeres podrán acceder, en igualdad con los hombres, a ejercer todas las profesiones, y a ocupar todos los empleos públicos, salvo únicamente, si no se permite expresamente por la ley, aquellos que implican poderes públicos jurisdiccionales, o el ejercicio de derechos o potestades políticas, o que se refieran a la defensa militar del Estado, de acuerdo con lo que se estipule en el reglamento de desarrollo» (que será el de 4 de enero de 1920, n.º 29). Sobre las distintas formas de incapacidad de obrar de las mujeres, cf. M. Graziosi, «Infermitas sexus. La donna nell'immaginario penalistico»: *Democrazia e diritto* 2 (1993), 99-143; Id., «'Fragilitas sexus'. Alle origine della costruzione giuridica dell'inferiorità delle donne», en N. M. Filippini, T. Plebani y A. Scattigno (eds.), *Corpi e storia. Donne e uomini dal mondo antico all'età contemporanea*, Viella, Roma, 2003, pp. 19-38; F. Bimbi y A. Del Re (eds.), *Genere e democrazia. La cittadinanza delle donne a cinquant'anni dal voto*, Rosenberg y Sellier, Torino, 1997; E. Denninger, «Il principio di uguaglianza. Sulla parità di trattamento tra uomini e donne», en G. Bonachi (ed.), *Verso la Costituzione europea. Una costituzione senza Stato*, Il Mulino, Bologna, 2001, pp. 477-492. Véanse también, *infra*, las notas 100-111 del capítulo XIV.

13. La tesis de que todos los seres humanos son personas —formulada por ejemplo por Savigny (*Sistema del derecho romano actual*, cit., § 60, p. 185: «la idea de persona o sujeto de derecho se confunde con la idea de hombre»)— o es una tesis iusnaturalista o bien es una tesis dogmática sostenible en referencia a la mayor parte de los ordenamientos modernos. En el derecho internacional ha sido acogida, bajo la forma del «derecho al reconocimiento de la personalidad», por el artículo 6 de la Declaración Universal de 1948 («Everyone has the right to recognition everywhere as a person before the law»), reproducido casi literalmente por el artículo 16 de los Pactos internacionales sobre derechos civiles y políticos de 16 de diciembre de 1966.

14. Por ejemplo, los derechos de reunión y de asociación son para la Constitución española derechos humanos porque atribuidos a todos (arts. 21 y 22), mientras que para la italiana son derechos públicos al estar atribuidos sólo a los ciudadanos (arts. 17 y 18); esto último ocurre también en las constituciones danesa (arts. 78 y 79), belga (arts. 26 y 27) y austriaca (art. 12). El derecho a la asistencia de las personas necesitadas es un derecho público para la Constitución italiana que lo atribuye a los ciudadanos (art. 38) y es un derecho humano para la danesa (art. 75, 2.º) y para la belga (art. 23) que lo adscriben a todos. Se confirma así el carácter formal, además de la definición de ‘derechos fundamentales’ aquí propuesta, también de las definiciones de las varias clases de derechos que hemos distinguido, que sólo pueden decirnos qué entendemos con los términos definidos y no por cierto, como harían tesis dogmáticas de derecho positivo o tesis axiológicas de tipo iusnaturalista, qué expectativas o intereses son o deberían ser designados.

15. Como se verá más adelante, éste es el sentido que adopta el término en el clásico ensayo de T. H. Marshall, «Ciudadanía y clase social», en T. H. Marshall y T. Bottomore, *Ciudadanía y clase social*, Alianza, Madrid, 1998, p. 22. Pero, sobre todo, véase *infra*, en la nota 26, el uso del término en el léxico de siglo XIX.

16. Recuérdesse la tesis de I. Kant, «Principios metafísicos de la doctrina del derecho», parte II, sec. I, § 46, en Íd., *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 144: «Sólo la capacidad de votar cualifica al ciudadano»; Íd., «En torno al tópico: ‘Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica’» [1793], en *Teoría y práctica*, trad. de M. F. Pérez López y R. Rodríguez Aramayo, con estudio preliminar de R. Rodríguez Aramayo, Tecnos, Madrid, 1986, p. 34: «Aquel que tiene derecho a voto [...] se llama ciudadano». Kant, como se verá en la nota 24 del capítulo XIV, y en total sintonía con el pensamiento liberal clásico, introduce fuertes discriminaciones en la titularidad del derecho de voto. Pero es claro que ‘ciudadanía’, en cuanto sea usado como término de la teoría del derecho y no como término dogmático o teórico-político, se halla por completo desvinculado de las diferentes condiciones establecidas por definiciones legislativas y más aún por tesis filosófico-políticas. A partir de las definiciones teóricas aquí propuestas (D7.17, D7.18), serían por ejemplo ‘ciudadanos’ también los extranjeros a quienes se hubieran concedido los derechos políticos, en virtud por ejemplo de su residencia legal, además, obviamente, de la obtención de la mayoría de edad que constituye el presupuesto de su capacidad de obrar. Por mejor decir, lo serían en la medida en que se les hubieran concedido todos los derechos políticos; por tanto, debemos hablar, en los casos en que se hubieran reconocido sólo algunos de tales derechos (por ejemplo, el derecho de voto sólo en las elecciones municipales), de semi-ciudadanía, o mejor incluso de una multiplicidad de semi- —o sub— ciudadanías diferenciadas según los distintos derechos políticos atribuidos.

17. Véanse, *infra*, las notas 23 y 24 del capítulo XIV.

18. Es oportuno señalar que los usos corrientes de las expresiones «de» y «a» asociadas a los «derechos fundamentales» son algunas veces ambivalentes. Por ejemplo, el «derecho *a la* vida» es en primer lugar un derecho de libertad negativa o de inmunidad, dado que consiste en el derecho *de* vivir, garantizado por la prohibición de matar impuesta al Estado con la supresión de la pena de muerte y a las personas particulares con la punición como delito del homicidio; pero puede también designar el derecho social *a* sobrevivir, es decir, la expectativa de quien se halla privado de medios de subsistencia a las prestaciones positivas necesarias a tal fin, que remite a las correspondientes obligaciones públicas. Análogamente el «derecho al trabajo» designa dos derechos: además del derecho negativo *de* trabajar, que pertenece al trabajador ocupado, garantizado en el ordenamiento italiano por la prohibición de despido sin justa causa, también el derecho positivo y social *a* trabajar, que pertenece al trabajador desempleado y que se corresponde con el deber, cuando menos, de desarrollar políticas orientadas a lograr la máxima ocupación. Lo mismo cabe decir del «derecho al medio ambiente», que designa, además del derecho negativo *de* vivir en un ambiente no contaminado, garantizado por las prohibiciones de contaminar, también el derecho positivo y social *a la* prevención o al saneamiento de las contaminaciones producidas, garantizado por las obligaciones correspondientes; o del «derecho *a la* paz», que equivale ante todo al derecho *de* vivir en paz, es decir, a una inmunidad, que se corresponde con la prohibición para el Estado de entrar en guerra con otros Estados y, secundariamente, al derecho *al* mantenimiento de políticas de paz. En todos estos casos el mismo bien —la vida, el trabajo, el medio ambiente, la paz— es objeto de dos derechos fundamentales distintos, el uno negativo y el otro positivo, designados tal vez con la misma expresión que será preciso por tanto analizar y descomponer a fin de distinguir sus significados. Más en general, es competencia de la dogmática establecer si nos encontramos ante situaciones complejas o ante una pluralidad de situaciones diferentes. En el primer caso tendremos derechos dotados de un contenido molecular unitario aunque intrínsecamente complejo, siendo sus elementos entre sí funcionales e indisolubles: por ejemplo, el derecho individual (negativo) *de* voto incluye —en el sentido de que uno no puede darse sin el otro— también el derecho (positivo) *a* ser inscrito en las listas electorales y *a* recibir, en caso de elecciones, el correspondiente certificado. En el segundo caso deberemos reconocer la existencia de varios derechos que pueden estar garantizados y hacerse valer de modo independiente: piénsese en el derecho a la salud, que incluye tanto derechos-inmunidad (frente a lesiones) como derechos-pretensión (a prestaciones); o en el derecho a la información, que comprende conjuntamente el derecho de informar, el derecho a ser informado y el derecho a la privacidad, es decir, a que otros no se informen sobre uno mismo, que está supradotado a los dos primeros.

19. T. H. Marshall, «Ciudadanía y clase social», cit.

20. He desarrollado esta crítica en «Cittadinanza e diritti fondamentali»: *Teoria politica* 3 (1993), 63-76 y, más ampliamente, en «Dai diritti del cittadino ai diritti della persona», en D. Zolo (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994, pp. 263-292 (trad. cast. de P. Andrés y A. Greppi, en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2010, pp. 97-103).

21. T. H. Marshall, «Ciudadanía y clase social», cit., pp. 21 y 47. En sentido análogo J. M. Barbalet, *Cittadinanza. Diritti, conflitto e disuguaglianza sociale*, Liviana, Padova, 1992, define la ciudadanía como «participación o pertenencia

a una comunidad» (p. 30), o bien como el «estatus atribuido a quien es miembro de pleno derecho de una comunidad nacional» (p. 48).

22. T. H. Marshall, «Ciudadanía y clase social», cit., p. 22.

23. Esta conexión de las libertades y de los demás derechos con la ciudadanía como «pertenencia» o «participación» en la *polis* es típica de la democracia griega: recuérdese Aristóteles, *Política*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, III, 1, 1275a, p. 68, donde «ciudadano en sentido absoluto» es quien participa en la vida pública teniendo acceso «a las funciones judiciales y a los cargos públicos». Pero lo es también del mundo romano, donde la personalidad jurídica, o sea, la calificación de un individuo como sujeto de derechos dependía de las distintas formas de pertenencia definidas mediante diferentes *estatus* (*libertatis*, *familiae* y *civitatis*); así como, inversamente, las *capitis deminutiones* dependían de la falta o de la pérdida de relaciones con el grupo. Recuérdese la definición de Gayo de la *capitis minutio* como *status permutatio* (D. 4,5,1, Gayo, lib. IV *ad Edictum Provinciale*) y las tres causas de *minutio* enumeradas por Paulo: «Capitis deminutionis tria genera sunt: maxima, media, minima. Tria enim sunt quae habemus: libertatem, civitatem, familiam. Igitur quum omnia haec amittimus, hoc est, libertatem et civitatem et familiam, maximam esse capitis deminutionem; quum vero amittimus civitatem, libertatem retinemus, mediam esse capitis deminutionem; quum et libertas et civitas retinetur, familiam tantum mutatur, minimam esse capitis deminutionem constat» [Hay tres clases de disminución capital (de reducción de los derechos civiles): máxima, media, mínima. Tres cosas son, en efecto, las que tenemos: libertad, ciudadanía, familia. Por tanto, cuando perdemos todo esto, o sea, la libertad, la ciudadanía y la familia, es claro que hay una disminución capital máxima; pero cuando perdemos la ciudadanía y retenemos la libertad, es manifiesto que hay una disminución capital media y que, cuando se mantiene tanto la libertad como la ciudadanía y se muda solamente la familia, la disminución capital es mínima] (D. 4,5,11, Paulo, lib. II, *Ad Sabinum*). Así pues, la condición jurídica de los sujetos como titulares de derechos reflejaba, en derecho romano, su posición en el grupo político, siendo *optimo iure* o *sui iuris* [«del mejor derecho» o «(dueños) de su propio derecho»] sólo los ciudadanos libres y padres de familia, y siendo todos los demás (*peregrini* de las provincias, *servi* y *fili*) [forasteros, esclavos e hijos] en distinta manera súbditos (*alienae potestati subiecti*) [sujetos a la potestad de otro]. La misma situación se mantuvo en el derecho medieval, tanto feudal como de las ciudades, donde el individuo conservaba derechos y deberes, privilegios y cargas según su pertenencia, por nacimiento o por profesión, a familias, gremios o corporaciones. Se ha sostenido incluso que este nexo entre condición jurídica del individuo y pertenencia política es un rasgo característico de todas las organizaciones primitivas: es la conocida tesis de H. S. Maine, *El Derecho antiguo*, cit., aquí ya mencionada en la nota 1 del capítulo VII; cf. P. Bonfante, *Storia del diritto romano* [1934], reimp. Giuffrè, Milano, 1958, pp. 67-79 (trad. cast. de J. Santa Cruz Teijeiro, *Historia del Derecho romano*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944); R. Orestano, «Status libertatis, civitatis, familiae», en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., vol. XVIII, 1971, pp. 383-385; M. Bretone, «Capitis diminutio», *ibid.*, vol. II, 1958, pp. 916-918. Por ello el tránsito de la libertad de los antiguos a la de los modernos, según fueron comparadas en el célebre ensayo de Benjamin Constant *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, coincide con el tránsito de un modelo comunitario a un modelo individualista de los estatus jurídicos subjetivos (trad. cast., «De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos», en B. Constant, *Escritos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989). Desde esta perspectiva,

la vinculación de los derechos fundamentales a la ciudadanía, hoy por muchos resucitada en el plano teórico, refleja un modelo comunitario premoderno, que difícilmente puede sustraerse a las dimensiones organicistas, patrióticas y etnicistas —incluyentes pero también excluyentes— que pueden rastrearse en los escritos de A. MacIntyre, *After Virtue* [1981], trad. cast. de A. Valcárcel, *Tras la virtud*, Crítica, Barcelona, 1987; M. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice* [1982], trad. cast. de M. L. Melon, *El liberalismo y los límites de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 2000; M. Walzer, *Spheres of Justice* [1983], trad. cast. de H. Rubio, *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, FCE, México, 1993; C. Taylor, *Multiculturalism and 'the Politics of Recognition'* [1992], trad. cast. de M. Utrilla de Neira, *El multiculturalismo y «la política del reconocimiento»*, con comentarios de A. Gutmann, S. C. Rockefeller, M. Walzer y S. Wolf, FCE, México, 1993; W. Kymlicka y W. Norman, «The Return of the Citizen: A Survey of Recent Work on Citizenship Theory»: *Etichs* 2 (1994), 353-381; W. Kymlicka, *La cittadinanza multiculturale*, Il Mulino, Bologna, 1999. Cf., para una crítica de tales concepciones *communitarians*, L. Bacelli, «Cittadinanza e appartenenza», en D. Zolo (ed.), *La cittadinanza...*, cit., pp. 134-143. Sobre la oposición entre «modo comunitario» y «modo individualista» del estatus, cf. también A. Corasaniti, «Stato delle persone», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XLIII, 1990, pp. 948 ss.

24. T. H. Marshall, «Ciudadanía y clase social», cit., pp. 37-39. En el mismo sentido, J. M. Barbalet, *op. cit.*, pp. 37 y 59.

25. T. H. Marshall, «Ciudadanía y clase social», cit., p. 23.

26. Véanse los artículos 7-33 del título I del libro I del *Code civil* de Napoleón, que lleva por rúbrica «De la jouissance et de la privation des droits civils». En el derecho italiano la expresión «derechos civiles» aparece —sin que la doctrina se haya ocupado nunca de ofrecer una redefinición y una sistematización teórica rigurosa— en el artículo 24 del Estatuto albertino, que asegura a «todos los naturales del reino» el igual disfrute de los «derechos civiles y políticos»; en el Código Civil italiano de 1865, que en el artículo 1 establece que «todo ciudadano goza de los derechos civiles, siempre que no sea privado de ellos por sentencia penal» y que en el artículo 3 añade, siguiendo al artículo 7 del *Code* de Napoleón, que «el extranjero gozará de los derechos civiles atribuidos a los ciudadanos». La endiádis «derechos civiles y políticos» aparece además en el artículo 2 de la ley n. 2248, de 20 de marzo de 1865, sobre la abolición del contencioso administrativo, que encomienda a la jurisdicción ordinaria toda causa «en la que se ventile un derecho civil o político». El artículo 3 del código de 1865 es, en fin, reproducido por el artículo 16 de las disposiciones preliminares del código civil de 1942: «El extranjero podrá disfrutar de los derechos civiles atribuidos al ciudadano bajo condición de reciprocidad y salvo lo que dispongan las leyes especiales». Cf., sobre el significado de la fórmula «derechos civiles» usada en este artículo, P. Rescigno, *Introduzione al codice civile*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 49-52.

27. Véanse, *supra*, las notas 21-27 del capítulo X.

28. Sobre la concepción marxiana de los derechos fundamentales, cf. M. Atienza, *Marx y los derechos humanos*, Mezquita, Madrid, 1983; C. Eymar, *Karl Marx, crítico de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1987.

29. Sobre los conceptos de «libertad negativa» como «no impedimento» (o «libertad frente a») y de «libertad positiva» como «independencia» o «autodeterminación» (o «libertad de») véanse los escritos de Norberto Bobbio e Isaiah Berlin citados *supra*, en las notas 11 y 12 del capítulo II.

30. I. Kant, «Introducción a la doctrina del derecho», en *La metafísica de las costumbres*, cit., B, p. 39: «El derecho es el conjunto de condiciones bajo las

cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de libertad»; *ibid.*, C, pp. 39-40: «Una acción es conforme a derecho (*recht*) cuando permite, o cuya máxima permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal. Por tanto, si mi acción, o en general mi estado, puede coexistir con la libertad de cada uno, según una ley universal, me agravia el que me lo obstaculiza [...] Cada uno puede ser libre, aunque su libertad me resulte totalmente indiferente o desee cordialmente dañarla, con tal de que no le perjudique con mi *acción externa*» (*ibid.*). De ahí «la ley universal del derecho: obra externamente de tal modo que el uso libre de tu arbitrio pueda coexistir con la libertad de cada uno según una ley universal». De ahí también la noción de «*libertad* (independencia con respecto al arbitrio constrictivo de otro), en cuanto puede coexistir con la libertad de cualquier otro según una ley universal: éste es el derecho único, originario, que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad» («División de la doctrina del derecho» C), en *La metafísica de las costumbres*, cit., pp. 48-49). Pero véase, además de esta concepción de la libertad como libertad negativa, también la caracterización kantiana de la libertad como libertad positiva, en el sentido rousseauiano de autodeterminación, es decir, de obediencia justamente a la ley a la que se ha prestado consentimiento, en el fragmento referido *infra*, en la nota 2 del capítulo XIII.

31. La expresión «derechos patrimoniales», como suma de los derechos reales o sobre cosas y de los derechos personales o de crédito, fue introducida por F. C. Savigny, *Sistema del derecho romano actual*, cit., §§ 56-57, pp. 165-174, y luego retomada por B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, Utet, Torino, 1902, vol. I, § 42, pp. 180-183.

32. Es interesante señalar que de estas dos formas de inviolabilidad de los derechos fundamentales —la que se expresa en su inderogabilidad por parte de los poderes públicos y la que se expresa en su inalienabilidad entre los particulares— Locke afirmó la primera y negó la segunda, aunque en referencia solamente al trabajo asalariado, mientras que Rousseau afirmó la segunda y negó la primera. Recordemos los dos siguientes pasajes de J. Locke, *Segundo Tratado sobre el Gobierno civil*, Alianza, Madrid, 1990, § 149, p. 155: «Ningún hombre, ninguna sociedad de hombres tiene el poder para renunciar a su propia conservación, ni para entregar los medios de conseguirla poniéndolos bajo el dominio arbitrario y absoluto de otro; y siempre que haya alguien que quiera esclavizar a los hombres de esta manera, éstos tendrán el derecho de conservar aquello a lo que no pueden renunciar ni compartir; y tendrán, según esto, el derecho de deshacerse de quienes violen esta fundamental, sagrada e inalterable ley de autopreservación, guiados por la cual entraron en sociedad»; *ibid.* § 85, p. 101: «Un hombre libre se hace siervo de otro vendiéndole, por un cierto tiempo, el servicio que se compromete a hacer a cambio del salario que va a recibir» (sin embargo Locke, como se indica en la nota 27 del capítulo X, excluye, a diferencia de algunos modernos *libertarians*, que una persona pueda venderse como esclavo). Opuestas son las tesis rousseauianas: J. J. Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* [1754]: «Además, al no ser el derecho de propiedad sino de convención e institución humana, todo hombre puede disponer a su capricho de lo que posee; mas no ocurre lo mismo con los dones esenciales de la naturaleza como la vida y la libertad, cuyo goce le está permitido a todos y cada uno y de las cuales es más dudoso que alguien tenga derecho a despojarse. Al privarse de la una uno degrada su ser; al privarse de la otra lo aniquila tanto como es en sí; y como ningún bien temporal puede resarcir de ninguna de las dos, sería ofender al mismo tiempo a la naturaleza y a la razón

renunciar a ellas al precio que fuere» (trad. cast., «Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres», II parte, en *Del contrato social*, etc., Alianza, Madrid, 1980, p. 274); Íd., *Del contrato social*: «Renunciar a su libertad es renunciar a la cualidad de hombre, a los derechos de la humanidad, incluso a sus deberes. No hay compensación posible para quien renuncia a todo. Semejante renuncia es incompatible con la naturaleza del hombre, y es privar de toda moralidad a sus acciones el privar a su voluntad de toda libertad» (*Del contrato social...*, cit., I, 4, p. 16). Al propio tiempo Rousseau concibe el contrato social como la alienación al Estado de todos los derechos que el hombre tenía en el estado de naturaleza, incluido el derecho a la vida: «[El contrato social] se reduce a los términos siguientes: cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general; y nosotros recibimos corporativamente a cada miembro como parte indivisible del todo» (*ibid.*, I, 6, p. 23); «El contrato social tiene como fin la conservación de los contratantes. Quien quiere el fin quiere también los medios, y estos medios son inseparables de algunos riesgos, de algunas pérdidas incluso. Quien quiere conservar su vida a expensas de los demás, debe darla también por ellos cuando hace falta. Ahora bien, el ciudadano no es ya juez del peligro al que la ley quiere que se exponga, y cuando el príncipe le ha dicho: es conveniente para el Estado que se mueras, debe morir» (*ibid.*, II, 5, p. 40).

33. Este nexo entre indisponibilidad y carácter tético-deóntico de los derechos fundamentales permite redimensionar los fenómenos problemáticos de disposición o de autolimitación de tales derechos —como el consentimiento al tratamiento de datos personales o las limitaciones contractuales a la libre manifestación del pensamiento en las empresas periodísticas—, analizados por G. Resta, «La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità»: *Rivista di diritto civile* 6 (2002), parte II, 801-848, con amplia bibliografía; cf. también V. Zencovich, «Limitazioni contrattuali alla limitazione del pensiero»: *Diritto dell'informazione e dell'informatica* (1995), 991 ss. Se trata de fenómenos que no contradicen la tesis de la indisponibilidad de los derechos fundamentales, cuando menos en el sentido de inalienabilidad, conectada lógicamente a su carácter tético y por ello hetero-nomo. Ningún acto negocial puede alienar un derecho fundamental, mientras éste haya sido dispuesto por normas téticas heterónomas. En cuanto a la hipótesis de limitación, naturalmente, es preciso distinguir: el consentimiento para el tratamiento de datos personales no es en efecto un acto de limitación, como tampoco lo es el consentimiento informado a un tratamiento sanitario o la autorización de acceso al propio domicilio; en cuanto a la autolimitación contractual de la libertad de pensamiento del periodista o de otros derechos fundamentales en las relaciones laborales, bien puede sostenerse que se trata de actos nulos, aunque sólo sea por causa ilícita.

34. Es la observación crítica avanzada por M. Jori, «La cicala e la formica», en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 111. Para una réplica más amplia remito a «Note critiche ed autocritiche intorno alla discussione su 'Diritto e ragione'», *ibid.*, pp. 510-511.

35. Sobre los derechos colectivos en los múltiples significados de la expresión, y más específicamente sobre aquellos que he llamado «derechos comunitarios», existe ya una amplia literatura. Me limito a recordar M. MacDonald, «Collective Rights and Tyranny»: *University of Ottawa Quarterly* 56 (1986); Íd., «Should Communities Have Rights? Reflections on Liberal Individualism»: *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence* (1991); W. Kymlicka, *Liberalism, Community and Culture*, Oxford UP, Oxford, 1989; A. Pizzorusso, *Minoranze*

e maggioranze, Einaudi, Torino, 1993, pp. 123-137; M. Freeman, «Are there collective Human Rights?»: *Political Studies* XLII (1995); W. Kymlicka (ed.), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford UP, New York, 1996; Íd., «Derechos individuales y derechos colectivos», en Íd., *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Paidós, Barcelona, 1996.; J. A. Cruz Parcerero, «Sobre el concepto de derechos colectivos»: *Revista Internacional de Filosofía Política* 12 (1998); N. López Calera, *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Ariel, Barcelona, 2000; E. Vitale, *Liberalismo e multiculturalismo. Una sfida per il pensiero democratico*, Laterza, Roma-Bari, 2000, pp. 131-166; Íd. (ed.), *Diritti umani e diritti delle minoranze. Problemi etici, politici, giuridici*, Rosenberg & Sellier, Torino, 2000, con trabajos de E. Vitale, M. Walzer, A. E. Galeotti, P. Comanducci, A. Pizzorusso, E. Riedel y L. Ferrajoli; A. Facchi, *I diritti nell'Europa multiculturale*, Laterza, Roma-Bari, 2001, cap. II, pp. 21-36; M. Carbonell, J. A. Cruz Parcerero y R. Vázquez (eds.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Porrúa, México, 2001, con ensayos, en la parte II dedicada a los derechos de las minorías, de E. Garzón Valdés, L. Villorio, J. de Lucas, P. Comanducci, R. Vázquez, M. Carbonell, N. Torbisco y J. A. Aguilar Rivera.

36. E. Vitale, *Liberalismo e multiculturalismo*, cit., p. 135, donde esta figura y los cercanos «derechos culturales» son criticados como incompatibles con el liberalismo. Sin embargo, la crítica no puede ignorar la existencia jurídica de estos derechos comunitarios, como los que están en la base de los usos civiles o de otras formas de posesión o de copropiedad colectiva; o el derecho de los pueblos a la «autodeterminación» y a la utilización de las «propias riquezas y recursos naturales» establecido por el artículo 1 de los Pactos internacionales de 1966; o, incluso, el derecho colectivo de acceso a bienes comunes previstos por los Tratados en materia de espacios ultraterrestres (de 1967) y de fondos marinos (de 1982). Y la teoría no puede ignorarlo.

37. La expresión «derechos culturales» está presente en el título, en el preámbulo y en el artículo 3 de los Pactos internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales de 16 de diciembre de 1966, pero sin ninguna específica connotación, ni siquiera como derechos de las minorías. Todos los derechos relacionados en los Pactos —con excepción del «derecho a la autodeterminación» previsto en el artículo 1, que como se ha dicho es un derecho comunitario (pero no propiamente cultural)— no son más que los distintos derechos fundamentales, de libertad o sociales, respecto de los que se excluyen discriminaciones sobre la base del principio de la «paridad jurídica» garantizada a todos «los hombres y mujeres».

38. En el derecho romano clásico la distinción entre derechos personales y derechos reales fue formulada por Gayo en estos términos: «In personam actio est, qua agimus cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus dare, facere, praestare oportere. In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere, veluti utendi aut utendi fruendi, eundi agendi aquamve ducendi vel altius tollendi prospiciendive: aut cum actio ex diverso adversario est negativa» [Acción contra la persona es aquella con la que pleiteamos con alguno que tiene con nosotros una obligación o por contrato o por delito; esto es, cuando pretendemos que procede dar, hacer o asumir una responsabilidad. La acción contra el patrimonio es cuando pretendemos que una cosa física es nuestra o que nos compete algún derecho, como el de uso o de usufructo, de movimiento, de acción o el de conducir el agua o tomarla o hacer prospecciones más arriba; o cuando la acción por apartamiento del adversario es negativa] (Gayo, *Institutiones*, 4, §§ 2 y 3).

39. Es la noción clásica de «obligación»: «Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura» (Gayo, *Institutiones*, 3, 13). La definición es seguida literalmente en muchos manuales de derecho privado: «Obligación es el vínculo jurídico por el que un sujeto (deudor) está llamado a actuar un determinado comportamiento (prestación) en favor de otro sujeto» (D. Barbero, *Sistema del diritto privato italiano*, Utet, Torino, 1965, II, pp. 1-2).

40. Francesco Messineo menciona entre los derechos patrimoniales no caracterizables ni como reales ni como personales o de crédito los que él llama «derechos de participación», «de injerencia» o «de control», como los que corresponden a los socios de una sociedad y más en general a los sujetos «cointerésados en la suerte patrimonial de otro sujeto» (*Manuale di diritto civile e commerciale* [1939], Giuffrè, Milano, 1957, vol. I, § 9.2, p. 143).

41. Véanse *supra* el § 10.10 y las notas 21-24 del capítulo X.

42. Para una crítica de las distintas doctrinas abolicionistas —que de hecho equivalen a auspiciar una sociedad desregulada o, al contrario, disciplinaria, y por tanto a una abdicación del papel garantista del derecho frente a la ley del más fuerte o frente a formas de control total— remito a mis «El derecho penal mínimo» (1985), trad. cast. de R. Bergalli, *Poder y control* 0 (1986), 25-48; *De-recho y razón*, cit., cap. VI. Véase también, *infra*, § 15.10.

43. Se trata en efecto de la obligación de introducir la prohibición que constituye la que he llamado, en el § 10.16, ‘garantía primaria’ del derecho correspondiente. No necesariamente ha de tratarse de una obligación constitucional de tutela penal: niegan similar obligación D. Pulitanò, «La teoria del bene giuridico fra codice e costituzione»: *La questione criminale* (1981), 111-121; Íd., «Obblighi costituzionali di tutela penale?»: *Rivista italiana di diritto e procedura penale* (1983), 495 ss.; F. Bricola, «Tecniche di tutela penale e tecniche alternativa di tutela», en M. De Acutis y G. Palombarini (eds.), *Funzioni e limiti del diritto penale*, Cedam, Padova, 1984, pp. 9 ss. Lo que se requiere, en el plano teórico, es la obligación de garantía, lógicamente implicada por el derecho constitucionalmente establecido. Y es claro que similar obligación representa el fundamento constitucional, además de teórico-jurídico, de las normas penales establecidas para la tutela de los derechos y bienes fundamentales de acuerdo con el modelo de «derecho penal mínimo» que comentaré en el capítulo XV.

44. Por ello la esfera pública, que en el § 11.15 definiré como la esfera de los intereses generales, comenzando por los intereses de todos que son los derechos fundamentales y sus garantías (D11.36), no se identifica enteramente con la estatal. Pertenecen a ella, por ejemplo, también los derechos de los trabajadores en relación con sus empresarios o los de los hijos en relación con sus padres, unos y otros universales y por tanto fundamentales. El carácter *erga omnes*, y por tanto también frente a los particulares, de los derechos fundamentales negativos como son los derechos de libertad, ha sido afirmado en Italia en sentencia de la Corte Constitucional n.º 122, de 9 de julio de 1970.

45. «Quaedam enim naturali iure communia sunt omnium, quaedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur» [Algunas cosas, efectivamente, son por derecho natural comunes a todos; algunas, públicas; algunas, de todo el universo; algunas, de nadie y de los particulares las más, que son adquiridas para cada cual por motivos diversos] (Justiniano, *Institutiones*, 2, 1 pr.; D 1, 8, 2, 1 pr.); «et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris» [y por derecho natural son ciertamente comunes a todas cosas como éstas: el aire, las corrientes de agua y el mar y, por ello, el litoral marino] (*ibid.* D 1, 8, 2, 1).

46. Cf., en este sentido, M. Bessone y G. Ferrando, «Persona física (diritto privato)», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XXXIII, 1983, pp. 198-202, que conectan la prohibición de los actos de disposición del propio cuerpo establecido en el artículo 5 del Código Civil italiano, además de con el «derecho a la salud», con la «exigencia de tutela integral de la persona humana» (pp. 200-201), sobre el presupuesto de un «valor unitario de la persona» sin posibilidad de «separar aspectos físicos y morales» (p. 198) o de contraponer «cuerpo y alma, materia y espíritu» (p. 199). Y recordemos, en confirmación de esta tesis, la regulación introducida por las leyes n.º 592, de 14 de julio de 1967, y n.º 458, de 26 de junio de 1967, sobre donación de sangre y de riñón por parte de persona viva informada, dirigida a garantizar, también mediante «una forma pública de intermediación», la exclusión de la «patrimonialidad del acto», concebido como «ejercicio de la libertad personal y de la solidaridad social, sustraído a la lógica de las relaciones económicas» (*ibid.*, p. 201). Véanse también, *infra*, los trabajos citados en la segunda parte de la nota 48.

47. Es el problema examinado en el clásico ensayo de G. Calabresi, P. Bobbit, *Tragic Choices* (1978), trad. it., *Scelte tragiche*, Giuffrè, Milano, 1986. Sobre la relación entre derechos y tecnología, cf. S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bologna, 1995; Íd., *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Laterza, Roma-Bari, 2004, cap. VIII.

48. Es el título del ensayo de M. Serres, *Le contrat naturel* [1990], trad. cast. de J. Vázquez Pérez, *El contrato natural*, Pre-Textos, Valencia, 1994. Sobre los bienes comunes del medio ambiente, véanse G. Hardin, «The Tragedy of the Commons»: *Science* 62 (1968), 1243-1248; R. J. Dupuy, «Réflexions sur le patrimoine commun de l'humanité»: *Droits* 1 (1985), 63-71; B. Caravita, *Diritto pubblico dell'ambiente*, Il Mulino, Bologna, 1990; F. Viola, *Stato e natura*, Anabasi, Milano, 1995; Íd. *De la naturaleza a los derechos*, Comares, Granada, 1998; M. Tallacchini, *Diritto per la natura. Ecologia e filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996; Íd. (ed.), *Etiche della terra. Antologia di filosofia dell'ambiente*, Vita e Pensiero, Milano, 1998; R. Petrella, «Beni comuni e ricorse private. Le principali sfide della globalizzazione attuale»: *Quale stato* 2-3 (2001), 101-125, en particular, pp. 113 ss. Sobre el cuerpo humano, aquí calificado como 'bien personalísimo', y sobre las condiciones de su indisponibilidad, véanse, además de la voz «Persona física (diritto privato)», de M. Bessone y G. Ferraro, citada *supra* en la nota 46, A. De Cupis, «Corpo (Atti di disposizione del proprio)», en *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Torino, 1959, vol. IV, pp. 854-855; M. Pesante, «Corpo umano (Atti di disposizione)», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. X, 1962, pp. 653-664; F. Mantovani, «Trapianti», en *Novissimo Digesto Italiano. Appendice*, Utet, Torino, 1987, vol. VII, pp. 793-797; M. Rossanda, «I trapianti»: *Democrazia e diritto* 4-5 (1988), 165-181; V. Rizzo, «Atti di 'disposizioni' del corpo e tecniche legislative»: *Rassegna di diritto civile* (1989), 618 ss.; A. Bompiani y E. Sgreccia (eds.), *Trapianti d'organo*, Vita e Pensiero, Milano, 1989; G. Giacobbe, «Trapianti», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XLIV, 1992, pp. 892-902; S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, cit., cap. VI; E. Lecaldano, *Bio-etica. Le scelte morali*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 291-295; A. Santosuosso, *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Cortina, Milano, 2001, cap. V; M. C. Venuti, *Gli atti di disposizione del corpo*, Giuffrè, Milano, 2002.

49. El artículo 824 del Código Civil italiano establece por otra parte que los «bienes demaniales de la provincia y del municipio», al igual que los del «demanio público» previstos en el artículo 822 son, de acuerdo con el artículo 823, «inalienables y no pueden ser objeto de derechos en favor de terceros, si no en el modo y con los límites establecidos por las leyes pertinentes». Además, el artícu-

lo 826, mediante una norma también claramente tético-constitutiva, instituye la figura del «patrimonio indisponible del Estado», compuesto por «los bosques que de acuerdo con las leyes en la materia constituyen el demanio forestal del Estado, las minas, las canteras y turberas, cuando su disponibilidad se halla sustraída al propietario de la profundidad, los objetos de interés histórico, arqueológico, paleontológico, paleontológico y artístico, por cualquiera y en cualquier modo hallados en el subsuelo, los bienes que constituyen la dotación de la Presidencia de la República, los cuarteles, el armamento, las aeronaves militares y los buques de guerra», así como «los edificios destinados a sede de cargos públicos, con su mobiliario y los demás bienes destinados al servicio público». Es claro que en el plano teórico tiene relevancia principalmente la distinción entre bienes demaniales y bienes del patrimonio indisponible del Estado, de un lado, y bienes patrimoniales disponibles, incluidos los del patrimonio disponible del Estado, de otro. Véanse sobre las distintas figuras de los bienes públicos patrimoniales, B. Biondi, *I beni*, Utet, Torino, 1953, pp. 166-228; A. M. Sandulli, «Beni pubblici», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. V, 1959, pp. 277-300; F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, Cedam, Padova, 1990, vol. I, § 86, pp. 347-358. La noción de «demanio», como conjunto de bienes excluidos de la disciplina privatista, aparece en el derecho romano, que configuró como *res publica* tanto las *res publico usi destinatae* —como los foros, las plazas, las calles, los teatros y los ríos, *extra commercium* por su naturaleza o función y, al igual que las *res communes omnium*, accesibles al *usus publicus* de todos— como las *res in pecunia populi*, es decir, pertenecientes al patrimonio disponible del Estado (B. Biondi, *op. cit.*, pp. 167-171). Véanse también sobre la historia de tales bienes, B. Biondi, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1952, pp. 130 ss.; G. Astuti, «Cosa (storia)», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XI, 1962, pp. 1-18; M. Bretone, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Laterza, Roma-Bari, 1998, pp. 140-142 y 270.

50. Ch. Perelman, *De la justice* [1945]: «Es posible definir la justicia formal o abstracta como un principio de acción de acuerdo con el cual los seres de una misma categoría esencial deben ser tratados de la misma manera» (trad. cast. de R. Guerra, *De la justicia*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1964, cap. II, p. 28); *ibid.*, cap. IV, pp. 52-53: «De donde resulta que la igualdad de tratamiento en la justicia formal no es otra cosa que la aplicación correcta de una regla de justicia concreta que determina cómo deben ser tratados todos los miembros de cada categoría esencial... La igualdad de tratamiento no es más que una consecuencia lógica del hecho de atenerse a la regla»; *ibid.*, p. 54: «La justicia formal se reduce simplemente a la aplicación correcta de una regla».

51. H. Kelsen, *Das Problem der Gerechtigkeit* [1960]: «El elemento común a todas las normas de justicia de tipo racional no se localiza en el tratamiento que prescriben: consiste solamente en el hecho de ser normas generales, que, en presencia de ciertas circunstancias (definidas de modo muy distinto en las diferentes normas de justicia) prescriben un cierto tratamiento (definido de modo muy distinto en las diferentes normas de justicia). Un concepto general de justicia puede precisamente ser del todo vacío frente al problema fundamental concerniente al modo como se debe tratar a los hombres, si el tratamiento debe ser considerado justo» (trad. cast. de E. Díaz, «Justicia y Derecho natural», cap. I, § 24, en H. Kelsen, N. Bobbio y otros, *Crítica del Derecho natural*, Taurus, Madrid, 1966, p. 92).

52. A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, ³1974, cap. XII, § 63, pp. 266-267: «El ideal de igualdad en cuanto tal significa sólo la correcta aplicación de una norma general (no importa cual) [...] Bien visto, re-

sulta en efecto imposible obtener de la idea formal de igualdad cualquier tipo de exigencia respecto al contenido de la norma o del ordenamiento. Usada en este contexto, la palabra no tiene ningún significado descriptivo [...] La idea formal de igualdad y de justicia carece de todo significado».

53. N. Bobbio, «Igualdad e igualitarismo» [1976], ahora en *Íd.*, *Teoría general de la política*, Trotta, Madrid, ³2009, cap. V, § 2,2, pp. 323-324. Sobre el concepto de igualdad en la filosofía contemporánea cf. la recopilación de ensayos editada por P. Ferragamo, *Il principio di uguaglianza nell'etica contemporanea. Un'antologia*, Giapichelli, Torino, 2002, que se divide en dos partes: la primera contiene escritos de Chaïm Perelman, Hans Kelsen, Alf Ross y Norberto Bobbio, que formulan nociones (teórico-jurídicas) de carácter formal; la segunda, con escritos de Herbert L. A. Hart, Richard M. Hare, John Rawls, Peter Singer, John C. Harsanyi y Thomas Nagel, que proponen concepciones (filosófico-políticas) de tipo racionalista y en algún caso abiertamente iusnaturalista (como la noción hartiana de igualdad como «contenido mínimo del derecho natural»). Cabe recordar además, sobre las distintas concepciones de la igualdad en la historia del pensamiento político y del pensamiento contemporáneo, F. M. De Sanctis, «L'eguaglianza como nozione e come problema: abbozzo di una storia concettuale», en *Íd.*, *Problemi e figure della filosofia giuridica e politica*, Bulzoni, Roma, 1998, pp. 7-24; I. Carter (ed.), *L'idea di eguaglianza*, Feltrinelli, Milano, 2001, con trabajos de Richard J. Arneson, Ronald Dworkin, Thomas Nagel, Amartya Sen y Bernard Williams.

54. He expuesto estas tesis sobre las relaciones entre igualdad, diferencia y desigualdad, basadas en la titularidad de los distintos tipos de derechos, en *Derecho y razón*, cit., cap. XIV, § 60, pp. 905-915; «La differenza sessuale e le garanzie dell'uguaglianza»: *Democrazia e diritto* 2 (1993), 49-73 (trad. cast. de P. Andrés, «Igualdad y diferencia», en L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., pp. 73-96); «Il significato del principio di uguaglianza»: *Democrazia e diritto* 2-3 (1994), 475-488; «Differenze di genere e garanzie di uguaglianza», en F. Bimbi y A. Del Re (eds.), *Genere e democrazia*, cit., pp. 93-100; *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 329-339. Miguel Carbonell ha señalado que estas tesis, si bien elaboradas en referencia a la relación entre igualdad y diferencia de género, se prestan a «trazar las líneas de una teoría general de la no discriminación» («La igualdad entre el hombre y la mujer. Apuntes en torno al ensayo de Luigi Ferrajoli», en L. Ferrajoli y M. Carbonell, *Igualdad y diferencia de género*, Conapred, México, 2005, p. 35). En este ensayo de Miguel Carbonell puede verse la documentación analítica de las discriminaciones sobre las mujeres en casi todos los países occidentales, sobre todo en materia de trabajo (*ibid.*, pp. 52-57).

55. La identidad es en realidad identificable con la individualidad irreductible de la persona, en cuya virtud cada persona es un individuo diferente a todos los demás e idéntico sólo a sí mismo. Cf. sobre la distinción entre «igual» e «idéntico» L. Gianformaggio, «Eguaglianza e differenza. Sono veramente incompatibili?» [1993], ahora en A. Facci, C. Faralli y T. Pitch (eds.), *Eguaglianza, donne e diritto*, Il Mulino, Bologna, p. 37: «El principio de identidad es aquel principio por el que todo ente es idéntico a sí mismo: A es idéntico a A. La igualdad, en cambio, es una relación que puede darse sólo entre dos entidades distintas [...] que se dicen iguales si poseen la misma característica relevante». Cf. también de L. Gianformaggio, «Politica della differenza e principio di uguaglianza» [1992], en *Filosofia e critica del diritto*, Giapichelli, Torino, 1995, cap. II, pp. 81-173.

56. La idea de un virtual conflicto ente igualdad y libertad representa un lugar común de la tradición filosófica liberal, unido evidentemente a la confusión

en una única clase, aquí varias veces criticada (*supra*, §§ 10.10, 11.6-11.8), de los derechos de libertad y de los derechos-poder que son los derechos civiles de autonomía y el derecho real de propiedad. En realidad, como se verá también en los dos próximos párrafos y después en §§ 14.14 y 14.15, igualdad y libertad se implican no menos que igualdad y diferencias. Quienes son asimétricos y potencialmente conflictivos son la igualdad y los poderes, incluidos los poderes privados consistentes en derechos de autonomía y en la propiedad privada. Típica, como se verá en los §§ 15.7 y 15.22, es la así llamada libertad de empresa en materia de prensa y televisión, que es claramente una libertad desigual consistiendo en realidad en un poder, que reclama por tanto la sujeción a garantías establecidas por la ley, dado que excluye el mismo poder para los demás, y por ello la igual libertad de todos, condicionando, hasta devorarla, la libertad de manifestación del pensamiento y de información.

57. El mismo principio aparece establecido en la Constitución española (art. 10: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes [...] son el fundamento del orden político y de la paz social») y en la Constitución portuguesa (art. 13: «Todos los ciudadanos tienen igual dignidad social»). Sobre la dignidad de la persona cf. C. Almirante, *La dignità dell'uomo nella Legge Fondamentale di Bonn e nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1971; G. Ferrara, «La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)», en *Studi in onore di G. Chiarelli*, Giuffrè, Milano, 1974, vol. II, pp. 1087 ss.; F. Bartolomei, *La dignità umana como concetto e valore costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1987; G. Alpa, «Dignità. Usi giurisprudenziali e confini concettuali», en *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, pp. 415 ss.; M. L. Pavia y T. Revet (eds.), *La dignité de la personne humaine*, Economica, Paris, 1999; G. Resta, «La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità», cit., pp. 817-848.

58. Siendo un derecho individual, este derecho, además de fundamental y atribuido, según el citado artículo 3.1, «sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas u otras circunstancias personales y sociales», es también absoluto, afirmándose —al precio de grandes batallas contra miles de desigualdades, segregaciones y discriminaciones en la vida civil, en el trabajo, en las profesiones, en la educación, en la familia y similares— frente a todos: frente a los poderes públicos como frente a los poderes privados, ante el Estado como ante cualquier persona. Recuérdesse la sentencia de la Corte Constitucional italiana citada en la nota 44 sobre el carácter *erga omnes* de los aquí llamados ‘derechos individuales’. Un corolario del derecho a la igualdad es la inadmisibilidad como discriminatorias de todas las normas penales individuales, así como de las que he llamado *normas penales constitutivas* (en *Derecho y razón*, cit., cap. VIII, § 36, pp. 502-506), que como presupuesto del tratamiento punitivo tienen por objeto, no un hacer, sino un ser, no acciones sino identidades —como fueron por ejemplo las «brujas», los «herejes» o también los «anarquistas», los «enemigos del pueblo» u otro tipo de autores, y como son aún hoy los sujetos calificados como «peligrosos», «terroristas», «mafiosos» o similares, independientemente de la comisión de delitos.

59. A. Sen, «Equality of What?» [1979], trad. it., «Eguaglianza, di che cosa?», en I. Carter (ed.), *L'idea di eguaglianza*, cit., pp. 87-90; Íd., *Il tenore di vita. Tra benessere e libertà* [1991], trad. it., Marsilio, Venezia, 1993; Íd., *Nuevo examen de la desigualdad* [1992], trad. cast. de A. M. Bravo, Alianza, Madrid, 1995.

60. Ésta es la crítica dirigida al principio de igualdad por parte del pensamiento feminista de la diferencia. Véanse, en particular, A. Cavarero, «Per una teoria della differenza sessuale», en *Diotima. Il pensiero della differenza sessuale*, La Tartaruga, Milano, 1987, pp. 43 ss.; Íd., «L'ordine dell'uno non è l'ordine del

due», en M. L. Boccia e I. Peretti (eds.), *Il genere della rappresentanza*, Editore Riuniti, Roma, 1988, pp. 70 ss.; Íd., «Il modello democratico nell'orizzonte della differenza sessuale»: *Democrazia e diritto* 2 (1990), 221-241; I. Dominijanni, «L'eccedenza della libertà femminile»: *Democrazia e diritto* III y IV (2000), 47-88; M. G. Campari, «L'autonomia femminile e il limite dell'ordinamento»: *ibid.* 2-3 (1994), 461-468; M. L. Boccia, «Da 'sopra la legge' una critica a un punto di vista maschile»: *ibid.* 2 (1993), 313-317; Íd., *La differenza politica. Donne e cittadinanza*, Il Saggiatore, Milano, 2002; T. Pitch, *I diritti fondamentali: differenze culturali, disuguaglianza sociale, differenza sessuale*, Giappichelli, Torino, 2004. Sobre la relación entre igualdad y diferencia de género, cf. también L. Palazzani, «La cittadinanza tra uguaglianza e differenza: le istanze del feminismo giuridico»: *Archivio giuridico* (1999); Íd. (ed.), *Il diritto tra uguaglianza e differenza di genere*, Giappichelli, Torino, 2005.

61. Th. Hobbes, *Del ciudadano*, Instituto de Estudios Políticos, Caracas, 1966, cap. I, § 3, p. 67; *ibid.*: «Son iguales aquellos que pueden hacer unos contra otros cosas iguales. Y los que pueden hacer las mayores cosas, como matar, pueden hacerlas iguales. Luego, todos los hombres son iguales entre sí por naturaleza. La desigualdad que existe ahora fue introducida por la ley civil»; Íd., *Leviatán*, cit., parte I, cap. XIII, § 1, p. 113: «Los hombres son iguales por naturaleza [...] Pues en lo que se refiere a la fuerza corporal, el más débil tiene fuerza suficiente para matar al más fuerte, ya mediante maquinaciones secretas o agrupados con otros que se ven en el mismo peligro que él». De ahí derivan las tesis con que Hobbes intitula los sucesivos §§ 2, 3 y 4, que los hombres «son iguales también en la vanidad», que «de la igualdad procede la desconfianza» y «de la desconfianza la guerra». La misma derivación es formulada también en Th. Hobbes, *Elementos de Derecho natural y político*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, parte I, cap. XIV, §§ 2-3, pp. 201-202.

62. Platón, *La República*, Aguilar, Madrid, 1988, 370, a-b, p. 77: «No hay dos personas exactamente iguales por naturaleza, sino que en todas hay diferencias que hacen apta a cada una para una ocupación»; Aristóteles, *Política*, cit., Lib. I, 1254 a, p. 7: «Regir y ser regido no sólo son cosas necesarias sino convenientes, y ya desde el nacimiento unos seres están destinados a ser regidos y otros a regir. Hay muchas formas de regir y muchas formas de ser regido»; *ibid.*, Lib. III, 1280 a, p. 83: «Parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales». Recuérdese también, *ibid.*, el pasaje de Aristóteles sobre la esclavitud reproducido *infra* en la nota 50 del capítulo XV.

63. Para el análisis y crítica de este modelo véanse, además de los trabajos citados en las notas 55 y 60, M. Minow, *Making All the Difference. Inclusion, exclusion, and American Law*, Cornell UP, Ithaca-London, 1990, pp. 22 y 51-60.

64. Además de los pasajes de Hobbes recordados *supra* en la nota 61, cf. J. Locke, *Segundo Tratado sobre el Gobierno civil*, cit., cap. II, §§ 4-5, p. 36, que fundamenta «la igualdad natural de los hombres» sobre el hecho de que son «criaturas de la misma especie y rango, nacidas todas ellas para disfrutar en conjunto las mismas ventajas naturales y para hacer uso de las mismas facultades». Quien en cambio formula una noción de carácter normativo de igualdad como convención jurídica es Rousseau, que enuncia el principio «que debe servir de base a todo el sistema social; y es que, en lugar de destruir la igualdad natural, el pacto fundamental sustituye, por el contrario, por una igualdad moral y legítima lo que la naturaleza pudo poner de desigualdad física entre los hombres y que, pudiendo ser desiguales en fuerza o en genio, se vuelven todos iguales por

convención y de derecho» (*Del contrato social*, cit., Lib. I, cap. IX, p. 31); y más adelante: «Precisamente porque la fuerza de las cosas tiende siempre a destruir la igualdad es por lo que la fuerza de la legislación debe tender siempre a mantenerla» (*ibid.*, Lib. II, cap. XI, p. 58). La distinción entre sentido descriptivo y sentido normativo o convencional de la igualdad se encuentra lúcida expresada en el fragmento del *De re publica* de Cicerón citado al final de la nota 47 del capítulo VII, donde se afirma que si no todos son iguales en riqueza o talento, deben al menos ser iguales en derechos quienes son ciudadanos de la misma república.

65. Algunas veces por el mismo autor, como por ejemplo J. Locke, *Segundo Tratado sobre el Gobierno civil*, cit., cap. VI, § 60, p. 82, donde, en contraste con lo sostenido en la nota anterior, la desigualdad aparece afirmada «si por causa de las deficiencias que pueden tener lugar al margen del curso ordinario de la naturaleza, hay alguien que no alcanza un grado de razón en el que pueda suponerse capaz de conocer la ley y de vivir conforme a sus reglas», entonces «nunca podrá ser un hombre libre, nunca podrá dejarse a disposición de su voluntad. Pues un hombre así no tiene conocimiento de los límites de ésta, ni tiene entendimiento, que es la guía apropiada para los actos voluntarios».

66. J. Bentham, *Anarchical Fallacies*, trad. fr. de 1816 de É. Dumont, *Sophismes anarchiques*, en *Oeuvres de Jérémie Bentham*, cit., vol. I, pp. 505-526, donde la Declaración es atacada como un «grave error», mejor dicho como un «amasijo de errores», en el que «es posible reconocer contribuciones diseminadas de Mably, Rousseau, Raynal, Condorcet, Diderot, Price, Priestley y de muchos otros», pero no como «teorías» de cada pensador, sino como un conjunto de «falsos principios sancionados por una asamblea» bajo la forma de «enunciados legales» (*ibid.*, «Avertissement», p. 507). En particular, escribe Bentham, la proclamación de los «derechos naturales e imprescriptibles del hombre» en el artículo 2 es una proposición «absolutamente falsa», dado que «no existen derechos anteriores a la institución del Estado» (pp. 512 y 511). Lo que Bentham no comprendía era que la Declaración no constituía en absoluto una teoría, sino justamente una norma, que transformaba en derechos «positivos» los derechos «naturales» hasta entonces sólo teorizados, inaugurando así el paradigma constitucional del estado de derecho como sistema de límites y vínculos normativos impuestos al derecho positivo mismo. Sobre esta incompreensión de Bentham volveré en el § 13.7.

67. La igualdad, afirma por ejemplo Adriana Cavarero, sería el producto de «un esfuerzo abstractivo de la teoría orientado a la eliminación de cualquier diferencia» («L'ordine dell'uno non è l'ordine del due», cit., p. 70).

68. L. Gianformaggio, «Uguaglianza e differenza», cit., p. 48.

69. Remito a mi «Differenza di genere e garanzie di uguaglianza», cit., donde he criticado la sentencia n.º 422 de 1995 de la Corte Constitucional italiana que —además de estar en claro contraste con la precedente sentencia n.º 109 de 1993 sobre la legitimidad de las acciones positivas en materia de empresariado femenino— declaró inconstitucional, por lesión de los artículos 3 y 51 de la Constitución, el artículo 3, apartado 2.º, segunda parte, de la ley sobre elecciones locales n.º 91 de 25 de marzo de 1993 que introducía en favor de la igualdad de género la incluso débil garantía consistente en la previsión de que «en las listas de candidatos ninguno de los sexos puede estar representado habitualmente en medida superior a los dos tercios». Sobre esta sentencia cf. también L. Carlassarre, «La rappresentanza femminile: principi formali ed effettività», en F. Bimbi y A. Del Re (eds.), *Genere e democrazia*, cit., pp. 81-92. La cuestión ha quedado resuelta y superada por el artículo 1 de la Ley constitucional n.º 1 de 25 de febrero de 2003, que ha completado el artículo 51,1 de la Constitución

sobre «condiciones de igualdad» de hombres y mujeres en el acceso a los cargos públicos, añadiendo que «a tal fin la República promueve con adecuadas disposiciones la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres». Análogo principio ha sido introducido en la Constitución francesa, cuyo artículo 3, apartado final, establece que «la ley favorece el igual acceso de las mujeres y hombres a los mandatos electorales y a las funciones electivas». Cf., sobre la cuestión de la cuota, L. Beccalli (ed.), *Donne in quota. È giusto riservare posti alle donne nel lavoro e nella politica?*, Feltrinelli, Milano, 1999. Sobre acciones positivas en favor de las mujeres, véase también la nota 121 del capítulo XIV.

70. De la incomprensión de esta asimetría —es decir, del carácter normativo del principio de igualdad y del carácter descriptivo de las tesis que reconocen las diferencias— nacen las críticas al principio de igualdad en nombre de la diferencia: «No se ha visto jamás en circulación ningún neutral de carne y hueso» (A. Cavarero, «L'ordine dell'uno non è l'ordine del due», cit., p. 71); «en este mundo nacen y viven hombres y mujeres, y no varones neutros y universales» (Íd., «Il modello democratico...», cit., p. 233). El equívoco, consistente en la concepción cognitivista de la igualdad como tesis verdadera o falsa respecto a la realidad, es incluso premoderno, y no es casualidad que estuviese exactamente en la base de los mismos argumentos con que Joseph De Maistre criticó dos siglos antes los «derechos del hombre»: «La Constitución de 1795, de igual manera que las anteriores, está hecha para el *Hombre*. Ahora bien, no hay *Hombres* en el mundo. Durante mi vida, he visto franceses, italianos, rusos, etc.; sé incluso, gracias a Montesquieu, que se puede ser persa; pero en cuanto al *Hombre*, declaro no haberlo encontrado en mi vida; si existe es de mi total ignorancia» (J. De Maistre, *Considérations sur la France* [1797], en *Œuvres du comte J. De Maistre*, Aux Ateliers catholiques du Petit-Montrouge, Paris, 1841, p. 50) (trad. cast. de J. Poch Elío, *Consideraciones sobre Francia*, presentación de A. Truyol y Serra, Tecnos, Madrid, 1990, p. 66).

71. Sobre la distinción entre derecho público y derecho privado, tantas veces reformulada, discutida e impugnada, la literatura es inmensa. Su tratamiento más orgánico, incluso por la reconstrucción histórica que ofrece y por las amplias referencias a las distintas concepciones, sigue siendo la voz de S. Pugliatti, «Diritto pubblico e diritto privato», en *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, 1964, pp. 696-746. Sobre la dicotomía cf. además N. Bobbio, *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant*, Giappichelli, Torino, ²1969, partes III y IV, en particular pp. 141-148; Íd., «La grande dicotomia» [1974], en *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Ed. di Comunità, Milano, 1977, pp. 145-163; Íd., «La grande dicotomia: pubblico/privato» [1981], en Íd., *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1985, pp. 3-22; M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat* [1994], trad. cast. de M. Venegas Grau, *Por una teoría jurídica del Estado*, prólogo de G. Peces-Barba, Dykinson, Madrid, 2001, cap. X, pp. 139-155; A. de Cabo de la Vega, *Lo público como supuesto constitucional*, UNAM, México, 1997; G. Alpa, *Trattato di diritto civile*. I. *Storia, fonti, interpretazione*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 409-459; Íd., *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Laterza, Roma-Bari, 2000, cap. II, §§ 11-12, pp. 359-364. Sobre el origen de la distinción entre esfera pública como ámbito de «lo que es en común» y esfera privada como «ámbito doméstico» formado por la familia y la propiedad, véanse las páginas de H. Arendt, *The Human Condition* [1958], trad. cast. de R. Gil Novales, *La condición humana*, cap. II, introd. de M. Cruz, Paidós, Barcelona, 2005. Sobre la distinción en la edad premoderna véanse además, G. Nocera, «Privato e pubblico (diritto romano)», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XXXV, 1986, pp. 615-660; P. Cap-

pellini, «Privato e pubblico (diritto intermedio)», *ibid.*, pp. 660-687; I. Birocchi, «La distinzione 'ius publicum/ius privatum' nella dottrina della scuola culta»: *Ius commune* 23 (1926), 139 ss. Sobre el carácter «moderno» de la separación entre esfera privada y esfera pública, ligada la primera a la «autonomización personal del individuo», y al papel heterónomo de «mediación interindividual» la segunda, cf. U. Cerroni, «Sulla storicità della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico»: *Rivista internazionale di filosofia del diritto* II (1960), 355-367.

72. Son los tres modelos diferenciados por G. Alpa, *Trattato di diritto civile...*, cit., pp. 409-410 y 417-418, que cita la análoga distinción formulada por S. Pugliatti, «Diritto pubblico e diritto privato», cit., pp. 697-699.

73. Proporciona un largo elenco S. Pugliatti, *op. ult. cit.*, pp. 699-718. El elenco ha sido ulteriormente ampliado por G. Alpa, *Trattato di diritto civile...*, cit.

74. «Toda crisis en el campo del derecho reconduce al estudioso a la distinción entre derecho público y privado; y cuanto más aguda es la crisis, los más se inclinan a negar la distinción; es decir, se detienen en la superficie, y olvidan que la exigencia racional del derecho como ordenamiento se halla en la dinámica de los dos términos: público y privado. En efecto, negada la distinción, el derecho se disuelve: todo público, expresión de fuerza no controlada ni limitada de quien detenta el poder; todo privado, organismo sin la fuerza de un poder —aquel privado de garantía, éste privado de vitalidad»: son las palabras con que se inicia la hermosa voz de S. Pugliatti, «Diritto pubblico e diritto privato», cit., pp. 696-697, y que reproduce el Prefacio de 1943 a sus *Istituti del diritto civile*, donde polemizaba con la devaluación fascista y nacionalsocialista del derecho privado y con la consiguiente negación de su distinción del derecho público.

75. Pugliatti recuerda que la tesis de la absorción del derecho privado por parte del derecho público fue sostenida también por el régimen nacionalsocialista y avalada, en la Italia fascista, por una parte de la cultura jurídica (*op. cit.*, p. 697, nota 1). En la misma nota da cuenta de la *Resolución* de un Comité de juristas italianos y alemanes en la que se declaraba que «la distinción entre derecho público y derecho privado está *superada* por la concepción fascista y nacionalsocialista del derecho y de la nación», y de la frase de un «muy conocido constitucionalista fascista»: «el derecho privado es una porquería», citada en italiano por G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 1963, p. 224, nota 1».

76. [Derecho público es el que se refiere al estado de los intereses de Roma; privado, el que (se refiere) a los intereses de los individuos. De hecho, ciertas cosas son útiles públicamente y ciertas cosas, privadamente.] Ulpiano, D.1.1.1.2; *Institutiones*, 1.1.4. Recuérdese también la máxima de Papiniano acerca de la preeminencia del derecho público sobre el privado: «Ius publicum privatorum pactis mutari non potest» [El derecho público no puede cambiarse por los pactos de los particulares] (D. 2.14.38). Sobre el significado histórico de la fórmula de Ulpiano, cf. G. Alpa, *Trattato di diritto civile...*, cit., pp. 411-413, que cita los estudios de Emilio Betti, Friz Schulz, Antonio Guarino, y además de Giovanni Pugliese y de Mario Talamanca. Como ha observado Norberto Bobbio («La grande dicotomía», cit., p. 5), el criterio de distinción utilizado en esta fórmula es el de la *utilitas*: de un lado la *singulorum utilitas*, de otro la de la *res romana*, equivalente por otra parte a la *res publica*, definida por Cicerón como *res populi* (*De re publica*, I, 41: «res publica, quae ut dixi populi res est» [la república, que, como he dicho, es la cosa del pueblo]; *ibid.*, I, 48: «Hanc unam rite rem publicam, id est rem populi appellari putant» [Sólo ésta piensan que puede llamarse propiamente república, esto es, cosa del pueblo]). Pero *populus*, según la definición del propio Cicerón citada en la nota 45 del capítulo VII y aquí formalizada con la definición D7.16, es «non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus»

[no todo conjunto humano congregado de cualquier modo], sino sólo el «sociatus» [el asociado], además de «consensu iuris» [por consenso jurídico], también «utilitatis communione» [por comunidad de intereses] (*De re publica*, I, 39 y 49; cf. A. D'Ors [ed. y trad.], *Sobre la república*, Gredos, Madrid, 1984, pp. 62-63 y 68-69); así es que la *utilitas rei romanae* [el interés de la cosa romana], equivale a la *utilitas omnium* [al interés de todos].

77. H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., parte II, I, D, d, p. 244; *ibid.*: «Este antagonismo entre autonomía y heteronomía es el que funda la distinción entre derecho privado y derecho público, en cuanto la citada oposición es interpretada en el sentido de que el derecho privado regula relaciones entre sujetos iguales, mientras que el público regula las que existen entre un sujeto inferior y otro superior». Sin embargo, Kelsen siempre negó a esta distinción valor y relevancia teórica: a causa del hecho —obvio e irrelevante— de que también «el Estado puede ser parte en una relación» privada y de que asimismo «el mantenimiento del derecho privado» forma parte «del interés público», afirma que «tal distinción es inutilizable como fundamento común para una sistematización general del derecho» (*ibid.*, p. 246). La misma tesis había sostenido Kelsen en la *Reine Rechtslehre* de 1934, trad. cast. de J. T. Tejerina, Editora Nacional, México, ²1974, § 44, p. 149: «Mientras que» —en el derecho privado— «el sujeto que ha de ser obligado participa aquí en la producción de la norma obligante —en lo que consiste, en efecto, la esencia de la producción jurídica contractual—, en el orden administrativo de derecho público, el sujeto que debe ser obligado no tiene participación alguna en la producción de la norma que le obliga»; *ibid.*, § 45, pp. 151-152: «La investigación crítica muestra sin embargo que esta distinción absoluta no tiene fundamento en el derecho positivo»: al no poderse hablar, como es de nuevo obvio, «de una diferencia de esencia», afirma Kelsen, ese «dualismo, lógicamente insostenible, no tiene significado teórico, sino ideológico». La clara distinción y, conjuntamente, la negación de su relevancia teórica, por lo demás había sido enunciada por Kelsen desde su ensayo «Diritto pubblico e privato»: *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* (1924), 346: «Si se considera como norma el hecho que inmediatamente funda el deber, entonces esta norma es producida unas veces por obra de las mismas personas sometidas a la misma —esto es la *lex contractus* del negocio jurídico *privado*—, otras veces en cambio al margen de ellos —esto es el mandato superior del derecho *público*—. En ambos casos sin embargo la manifestación de voluntad representa una continuación de la formación de la voluntad estatal, es decir del contenido del ordenamiento jurídico, un concretarse de la norma general abstracta en norma individual». Por otro lado, «para la calificación jurídica de la norma jurídica no tiene importancia el fin al que sirve, como para distinguir una pintura tampoco su precio» (*ibid.*, p. 341). Sobre esta tesis kelseniana cf. N. Irti, «Autonomía privada e forma di stato (intorno al pensiero di Hans Kelsen)», en *Scritti per Uberto Scarpelli*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 435-446.

78. Este mismo criterio de distinción aparece en Norberto Bobbio en la contraposición entre dos clases distintas de fuentes, la una autónoma, la otra heterónoma: la *ley*, que es la forma típica de producción del derecho público, y el *contrato* (o más en general el *negocio jurídico*) que es la forma de producción del derecho privado («La grande dicotomía», cit., pp. 7-9). Bobbio (*ibid.*, p. 7) hace proceder esta distinción, recibida por Kant, de un pasaje de Cicerón, en el cual «se dice que el derecho público consiste en la *lex*, en el *senatus consultus* y en el *foedus* (el tratado internacional); el derecho privado en las *tabulae*, en el *pactum conventum* y en la *stipulatio* (*Partitiones oratoriae*, 130)». Sobre la distinción

entre derecho público y derecho privado véanse las tesis de Kant referidas en la nota 88 del capítulo XIV.

79. No es inútil precisar que esta noción de «esfera pública» es bastante distinta de —y sin embargo conectada a— la identificada por Jürgen Habermas con el espacio de la comunicación, del debate, de la confrontación pública y por tanto de la opinión pública: «Por esfera pública», escribe Habermas, «se entiende ante todo el ámbito de nuestra vida social en la que puede formarse la llamada opinión pública. El acceso a la misma está fundamentalmente abierto a todos los ciudadanos. Algo de esfera pública se constituye en toda conversación donde los individuos se reúnen para formar un público. En tales ocasiones aquéllos no se comportan ni como hombres de negocios o trabajadores que tratan de sus asuntos particulares, ni como ciudadanos sometidos a la obligación de obediencia a las normas jurídicas de la burocracia estatal. Los ciudadanos actúan como un público cuando, no sometidos a ninguna constricción, es decir con la garantía de poderse encontrar y asociarse libremente, de poder expresar y publicar libremente sus opiniones, discuten problemas de interés común. Cuando se trata de un público amplio esta comunicación tiene necesidad de determinados medios de transmisión y de influencia: hoy los medios de la opinión pública son los periódicos y las revistas, la radio y la televisión. Hablamos de esfera pública política, distinguiéndola por ejemplo de la literaria, cuando las discusiones tienen por objeto argumentos conecados a la praxis del Estado» (J. Habermas, «Sfera pubblica (una voce di enciclopedia)» [1964], en *Íd., Kultur and Kritik* [1973], trad. it., *Cultura e critica*, Einaudi, Torino, 1980, p. 53). Cf. también de J. Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit* [1962], trad. cast. de A. Doménech, *Historia y crítica de la Opinión Pública. La transformación estructural de la vida pública*, Gustavo Gili, Barcelona, ⁸2004. Me parece que el nexo entre la noción habermasiana de esfera pública y la aquí definida sobre la base de los dos clásicos criterios de la *utilitas omnium* y de la heteronomía reside en el principio de la «publicidad», en oposición al de la reserva y el secreto propio de la esfera privada: publicidad que tanto Bobbio (*op. ult. cit.*, § 4, pp. 18-22) como Habermas («Sfera pubblica...», cit., p. 54, e *Historia y crítica de la Opinión Pública*, cit., § 13, pp. 136-149) refieren a la esfera pública, remitiéndose ambos a Kant, para quien «se puede denominar *fórmula trascendental* del derecho público a la siguiente proposición: Son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados» (I. Kant, *Zum ewigen Frieden* [1795], trad. cast. de J. Abellán, *La paz perpetua*, presentación de A. Truyol y Serra, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 61-62).

80. «En torno a cada individuo existe una esfera que ningún gobierno —sea monárquico, aristocrático o democrático— debería tener permiso de sobrepasar: hay una parte de la vida de cada uno donde la individualidad de la persona debería reinar soberana, sin que ni otros individuos ni la colectividad puedan ejercer un control. Que exista o que debería existir una parte de la existencia humana bien protegida frente a intromisiones externas, nadie que sienta la mínima consideración por la libertad o la dignidad humana querrá negarlo [...] Yo creo que debería incluir toda aquella parte que se refiera solamente a la vida del individuo, ya sea en su dimensión interior o exterior, y no afecta a los intereses de otro, o bien si sólo los afecta a través de la influencia moral del ejemplo» (J. Stuart Mill, *Principles of Political Economy* [1848], trad. cast. de T. Ortiz, *Principios de Economía Política. Con algunas de sus aplicaciones a la filosofía social*, ed. e introd. de W. Ashley, FCE, México, 2.^a reimp., 1985, p. 806).

81. Es ésta una tripartición en muchos aspectos análoga a la propuesta por E. Garzón Valdés en su hermoso ensayo «L'intimo, il privato, il pubblico», en *Íd.*,

Tolleranza, responsabilità e Stato di diritto. Saggi di filosofia morale politica, ed. de P. Comanducci y T. Mazzarese, Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 97-133 (versión castellana «Lo íntimo, lo privado y lo público»: *Claves de la razón práctica* 137 [2003], 14-24). Por otra parte, no he considerado posible, a partir de los términos de que dispongo, formalizar la noción de esfera íntima, no resultando en verdad suficiente, aunque sí necesario, caracterizarla como la esfera de la ‘libertad-inmunidad’.

82. Gracias a la afirmación del principio de indisponibilidad privada de los derechos fundamentales, establecido por el *Code Napoleon*, no se pueden crear servidumbres sobre personas sino sólo sobre fundos, y los servicios domésticos y en general los trabajos dependientes pueden serlo únicamente a término: «Il est permis aux propriétaires d’établir sur leurs propriétés ou en faveur de leurs propriétés telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds» [Se permite a los propietarios establecer sobre sus propiedades o a favor de sus propiedades servidumbres tales que les parezca bien, a condición, no obstante, de que los servicios establecidos no sean impuestos ni a la persona ni en favor de la persona, sino solamente a un bien raíz y para un bien raíz] (art. 686); «On ne peut engager ses services qu’à temps, ou pour une entreprise déterminée» [No se pueden comprometer sus servicios más que temporalmente o para una empresa determinada] (art. 1780). A la misma lógica responde el artículo 5 del Código Civil italiano, según el cual «los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física». Pero también procede recordar en general toda la legislación desarrollada en materia laboral, como sistema de límites y vínculos a la autonomía privada: desde las normas sobre horario de trabajo y despido por justa causa a las que regulan las festividades o el reposo semanal.

83. La expresión ‘sustancial’, asociada a ‘democracia’, ha sido criticada por M. Bovero, «La filosofía política di Ferrajoli», en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo...*, cit., pp. 404 ss., que he replicado en «Note critiche ed autocritiche», cit., *ibid.*, pp. 505-508. Posteriormente Bovero ha criticado la misma asociación, señalando la falta de propiedad no tanto del predicado, sino del sustantivo ‘democracia’, en «Diritti e democrazia costituzionale», en *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., pp. 254 ss., que he replicado en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 318-322; y más tarde en «Democracia y derechos fundamentales»: *Isonomía* 16 (2002), 321-325, y además en la discusión publicada en M. Bovero y L. Ferrajoli, *Teoría de la democracia. Dos perspectivas comparadas*, Instituto Federal Electoral, México, 2001.

84. Esta esfera de lo no decidible —que en la democracia constitucional, como veremos en el próximo capítulo, se encuentra positivamente establecida por las constituciones— corresponde a lo que Ernesto Garzón Valdés ha llamado «coto vedado» («Representación y democracia» [1989], en *Derechos, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 645).

85. L. Gianformaggio, «Diritto e ragione tra essere e dover essere», en Íd. (ed.), *Le ragioni del garantismo...*, cit., pp. 27-31, que a propósito habla de lo que Carl Schmitt llamó «el premio suprallegal a la posesión legal del poder legal».

XII

EL PARADIGMA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

12.1. *Estado de derecho y lenguaje jurídico*

Se ha dicho varias veces que el derecho es esencialmente un lenguaje: un mundo de signos y de significados, como lo hemos llamado en los §§ 8.8 y 8.10, es decir, de actos y documentos lingüísticos que funcionan como derecho en la medida en que su función normativa es socialmente compartida y reconocida como vinculante. En el capítulo IX se ha añadido que el rasgo específico del estado de derecho consiste en el hecho de que la válida producción de prescripciones jurídicas se consiente sólo de conformidad con determinadas formas y en coherencia con determinados significados prescriptivos, a su vez establecidos por normas de grado superior a las prescripciones producidas. De ahí se infiere que las decisiones, y más en general los actos formales, son regulados por específicas normas deónticas sobre la producción que vinculan sus formas y significados y que equivalen a otras tantas reglas del lenguaje y de la comunicación jurídica.

En este punto podemos aclarar mejor las diferencias estructurales que distinguen el derecho de los demás sistemas deónticos, el derecho positivo moderno del derecho premoderno, el derecho del estado constitucional del derecho del estado legislativo de derecho. Como se ha dicho desde la primera parte, todos los *sistemas deónticos*, desde las reglas jurídicas a las de la moral o las costumbres, son sistemas lingüísticos, es decir, lenguas y al mismo tiempo lenguajes mediante los que se produce la comunicación en función prescriptiva y gracias a los cuales adquiere sentido el obrar social. Como se ha visto en el capítulo IX, lo que caracteriza al *derecho* con respecto a los demás sistemas deónticos es el hecho de que los significados jurídicos son «causados» —es decir, producidos como efectos, además de expresados— por actos lingüísticos, reconocibles como «jurídicos» a partir de las formas para ellos predisuestas, como condiciones de pertenencia al lenguaje jurídico, por aquellas reglas de uso de la lengua jurídica que son las normas jurídicas.

Lo que además distingue al *derecho positivo moderno* propio del *estado legislativo de derecho* de los sistemas jurídicos premodernos es el hecho de que en él la lengua jurídica es una lengua enteramente artificial, al estar positivamente estipuladas todas sus reglas de uso: tanto las reglas que definen las palabras —por ejemplo «hurto», «homicidio» o «contrato»— con las que se nombran y califican los actos regulados¹, como las que regulan las formas y los procedimientos de su uso operativo en el lenguaje y en la comunicación jurídica.

En fin, como he mostrado en esta tercera parte, lo que distingue al derecho del *estado constitucional de derecho* de los otros sistemas jurídicos positivos es que se hallan codificadas y reguladas también las normas sobre la producción de las reglas de la lengua jurídica: no sólo las normas formales sobre la producción de los actos lingüísticos sino también las normas sustantivas sobre los significados o contenidos legítimamente expresables; no sólo las reglas sintácticas que condicionan la vigencia y la validez formal de las decisiones normativas, conectándolas a determinadas formas de producción, sino también las reglas semánticas que condicionan la validez sustancial vinculándola a significados que pueden o no pueden, o deben o no deben expresarse; en suma, no sólo los signos, sino también los significados jurídicos. Las condiciones sustanciales de validez de las leyes, que en el paradigma premoderno se identificaban con los principios del derecho natural y que en el paradigma paleo-positivista fueron sustituidas por el principio puramente formal de la validez como positividad, penetran nuevamente en el derecho, gracias a este tercer paradigma, bajo la forma de principios positivos de justicia, o sea, de *principia iuris et in iure*, estipulados en normas supraordenadas a la legislación.

Gracias a esta extensión del principio de legalidad a la propia legislación, resulta que todas las normas, incluidas las legislativas, son a su vez reguladas por normas sobre la producción de sus contenidos: no sólo pues, como se ha dicho en el § 9.1, son *condicionantes*, como reglas de lengua, de las decisiones que las aplican y las usan en el lenguaje jurídico en el que están expresadas, sino que aparecen a su vez *condicionadas*, en cuanto expresadas también en lenguaje jurídico, por normas superiores que regulan no sólo su forma sino también su significado. Es en estas normas sustantivas sobre el significado de las leyes donde reside la razón social del estado constitucional de derecho: ya impongan límites, como en el caso de los derechos de libertad, ya impongan obligaciones, como en el caso de los derechos sociales, para la tutela en ambos casos de los intereses o necesidades convenidos como «fundamentales» y como tales pertenecientes a la que en el § 11.18 he llamado *esfera de lo indecible (que o que no)*. Y es con ellas —con su estipulación en la convención democrática— como alcanza cumplimiento el paradigma jurídico de la modernidad: el juego, además de las reglas del juego democrático; el proyecto democrático, además del método para su consecución; los contenidos que no deben o que deben ser decididos, además

de las formas de las decisiones. Si las normas formales sobre la producción de las leyes están en la base del *positivismo jurídico* como se expresa en el que he llamado *principio de mera legalidad*, las sustantivas lo están por tanto en la del *constitucionalismo jurídico*, es decir, de la positivación no sólo del «ser» sino también del «deber ser» del derecho manifestada en el que he llamado *principio de estricta legalidad*. Se trata de una innovación estructural en el modelo del primer positivismo jurídico, realizada en el siglo pasado mediante la articulación de los ordenamientos democráticos sobre varios niveles normativos y la disociación, comentada en el capítulo IX, entre vigencia y validez como añadida a la producida entre validez y justicia, que caracterizó el tránsito del derecho premoderno al derecho positivo moderno.

Este derecho sobre el derecho, este sistema de normas metalegales destinadas al legislador y a los otros poderes públicos es lo que luego llamaré *constitución*: que, si es *democrática*, representa la convención en torno no sólo a las formas políticamente representativas de las decisiones legislativas, sino igualmente a lo que resulta *indecidible* por éstas, porque no puede ser decidido o porque no puede dejar de ser decidido. Y esta convención —en la que bien podemos reconocer la forma positiva concretamente adoptada por el contrato social formulado como hipótesis por la filosofía contractualista— en su parte sustancial no es otra cosa que la estipulación de esas normas que son los derechos considerados como «fundamentales»: es decir, de los derechos elaborados por la tradición iusnaturalista en los orígenes del Estado moderno como «innatos» o «naturales» y que, una vez sancionados por esos contratos sociales en forma escrita que son justamente las constituciones, han devenido en derechos positivados de rango constitucional.

En suma, el derecho de las modernas democracias constitucionales se diferencia de los otros sistemas deónticos por dos esenciales características estructurales: de un lado, por su carácter positivo y por tanto artificial y convencional, que es el rasgo específico, frente a los sistemas no jurídicos y al derecho premoderno, del iuspositivismo y del estado legislativo de derecho; de otro, por el sometimiento de sí mismo al derecho no sólo en cuanto a la forma de producción sino también en cuanto a los contenidos producidos, que es el rasgo específico del ius-constitucionalismo, o sea, del estado constitucional de derecho. Gracias a la primera de estas características, el derecho regula enteramente sus formas de producción, vinculando la jurisdicción a la aplicación sustancial del derecho producido. Gracias a la segunda, son las propias opciones proyectadas en la producción legislativa del derecho, y no sólo la producción misma, las que vienen establecidas por el derecho en forma de derechos fundamentales y de otros principios axiológicos estipulados por lo común en la primera parte de las modernas constituciones rígidas. En suma, todo el derecho —no sólo el «derecho que es», sino también el «derecho que jurídicamente debe ser»— resulta construido por los hombres: sobre quienes por tanto descansa la responsabilidad acerca de

cómo lo producen y lo interpretan e, incluso antes, acerca de cómo lo piensan, lo proyectan, lo conquistan y lo defienden.

Analizaré en la parte cuarta la naturaleza de esas opciones tal y como se manifiestan en las distintas dimensiones, en las distintas formas, en los distintos contenidos y en los distintos niveles de la democracia. Sin embargo, y moviendo los hilos de nuestro análisis, antes es necesario comentar la estructura del paradigma constitucional o garantista que ya fuera diseñada sumariamente en el § 11.18. A tal fin es preciso dar un paso atrás —a los postulados del positivismo jurídico explicados en la parte segunda y al análisis del poder comenzado en el capítulo X— y definir los conceptos de ‘poder constituyente’, de ‘acto constituyente’ y de ‘constitución’. Más tarde será posible definir la estructura de las instituciones políticas y la jerarquía de las fuentes, para llegar finalmente al análisis de las condiciones normativas, tanto formales como sustanciales, de su carácter democrático, así como de sus garantías de efectividad.

12.2. *Poder constituyente y poderes constituidos*

Hasta el momento hemos hablado varias veces de ‘acto constituyente’ y de ‘situación constituyente’, simplemente enlazando los términos ‘acto’ y ‘situación’ con el predicado primitivo ‘constituyente’. Y en la construcción de nuestro paradigma hemos optado por la colocación en el vértice del sistema no ya de un acto, sino de una situación constituyente: según se ha convenido, todos los actos suponen situaciones (T6.38, P2), incluso el acto constituyente que es actuación de la situación constituyente (T6.85, P13), la cual en cambio no es efecto de ningún acto jurídico (T6.44, P11).

¿En qué consiste la situación constituyente y qué sujetos son sus titulares? Para responder a estas preguntas debemos retomar el análisis comenzado en el § 6.6. Como se dijo entonces, ‘situación constituyente’ es cualquier situación no positiva, o sea, no causada por actos jurídicos (T6.43, T6.44) y por tanto carente de situaciones de grado supraordenado a ella (T6.92). Una tal situación, se ha añadido conforme al postulado P14, sólo puede ser una situación activa (T6.78), y precisamente una facultad (T6.79) y aún más precisamente un poder (T10.27), pues fuera del derecho positivo no tiene sentido hablar de expectativas, de obligaciones o de prohibiciones originarias o constituyentes. Sujetos constituyentes, se ha añadido en el § 7.5 a partir del postulado P13, son sólo los sujetos naturales (T7.58), que existen independientemente del derecho positivo, y no también las personas artificiales, producidas en cambio por el derecho como instrumentos de los primeros (T7.57, T7.48).

Podemos ahora denominar a ese poder originario con el término ‘poder constituyente’. Se trata de un concepto central de la filosofía política y de la teoría del derecho, algunas veces descuidado por la ciencia jurídica y sin embargo esencial para la explicación de los fundamentos

del derecho positivo. En efecto, designa el *fundamento externo*, fundante y no fundado, político antes incluso que jurídico, del derecho mismo. Y es por tanto indispensable para comprender la naturaleza del derecho positivo como construcción humana: un «artificio» como lo llamó Hobbes, una «invención» como lo denominó Locke, una «convención» en palabras de Rousseau². La relegación de este concepto y de los problemas asociados al mismo es por otra parte el fruto de una operación política, no siempre consciente, cuyo resultado es de un lado el desconocimiento del paradigma iuspositivista del derecho y del Estado moderno, y de otro la neutralización política y la naturalización paracientífica de uno y otro³.

La definición aquí propuesta es muy simple. Entiendo por ‘poder constituyente’ aquella situación que, a diferencia de cualquier otra, no se encuentra en un grado subordinado a ninguna semejante y es ejercida por un sujeto constituyente. Por contra, se llamará ‘poder constituido’, a cualquier poder no constituyente, sea público o privado⁴.

D12.1 *‘Poder constituyente’ es la situación de grado no subordinado a ninguna otra e imputada, junto al acto que representa su ejercicio, a un sujeto constituyente.*

$$(y1)(POCy1 \equiv (SITy1 \cdot \neg(\exists y0)(SITy0 \cdot GSOy0y1) \cdot (\exists z)(\exists x)(IMPy1z \cdot ESExy1 \cdot ATTx \cdot IMPxz \cdot SOGz \cdot COSz)))$$

D12.2 *Poder constituido es todo poder que no sea constituyente.*

$$(y)(PCTy \equiv (POTy \cdot \neg COSy))$$

De lo que se sigue que el poder constituyente no es más que la hasta aquí llamada ‘situación constituyente’ (T12.1): una situación activa (T12.2) consistente, como se ha dicho, en una facultad (T12.3), o sea en un poder, justamente, constituyente (T12.4), cuyo rasgo característico consiste en el hecho de que sólo es constituyente en cuanto, y sólo en cuanto, sea de hecho ejercido (T12.5).

T12.1	$(y)(POCy \rightarrow (SITy \cdot COSy))$	D12.1, T6.92
T12.2	$(y)(POCy \rightarrow (SIAy \cdot COSy))$	T12.1, T6.78
T12.3	$(y)(POCy \rightarrow (FACy \cdot COSy))$	T12.1, T6.79
T12.4	$(y)(POCy \rightarrow (POTy \cdot COSy))$	T12.2, T10.27
T12.5	$(y)(POCy \equiv (SITy \cdot COSy \cdot (\exists x)(\exists w)(ESExy \cdot ATTx \cdot IMPxw \cdot SOGw \cdot COSw)))$	D12.1, T6.92

Se trata pues de un poder por completo singular. Es en primer lugar un poder no positivo, dado que no es producto de ningún acto (T12.6, T12.7), y por tanto originario. En segundo lugar, no es un poder regulado por normas, al no ser él mismo ni una norma (T12.8), ni una situación predispuesta por una norma (T12.9), sino un poder desregula-

do (T12.10), que por tanto no puede calificarse como legítimo o ilegítimo (T12.11). En tercer lugar, viene imputado a un sujeto constituyente (T12.12) que, como se dijo en la tesis T7.58, es siempre un sujeto no artificial sino natural (T12.13), aunque sólo sea porque las personas artificiales no están en condiciones de obrar personalmente y son a su vez artificios producidos mediante actos jurídicos (T7.43, D7.6). En cuarto lugar, como indica la tesis T12.5, es siempre un poder concretamente ejercido: no es jamás una situación meramente actuable, sino que aparece siempre como una situación que es (ha sido) concretamente actuada, dado que viene postulada su realización por obra de los sujetos constituyentes (T12.14). De él se puede hablar, en efecto, sólo si existe el acto, a su vez constituyente, que expresa su ejercicio (T12.15). Quiere ello decir que ese poder es tal sólo si resulta efectivo (T12.16) y que, por tanto, es reconocible únicamente *a posteriori*, a partir del ordenamiento efectivamente producido como consecuencia de su ejercicio; en ausencia del mismo carece de sentido hablar de poder constituyente (T12.17).

T12.6 (y)(POCy $\rightarrow \neg(\exists x)(ATTx \cdot CAUxy)$)	T12.1, T6.44
T12.7 (y)(POCy $\rightarrow \neg(\exists x)(EFFyx \cdot ATTx)$)	T12.1, T6.44, D5.1
T12.8 (y)(POCy $\rightarrow \neg NORy$)	T12.1, T8.15
T12.9 (y)(POCy $\rightarrow \neg(\exists r)(NORr \cdot REGry)$)	T12.1, T5.55
T12.10 (y)(POCy $\rightarrow \neg(\exists r)REGry$)	T12.1, T5.55
T12.11 (y)(POCy $\rightarrow (\neg LGTy \cdot \neg ILGy)$)	T12.4, T10.10
T12.12 (y)(POCy $\rightarrow (\exists z)(IMPyz \cdot SOGz \cdot COSz)$)	D12.1
T12.13 (y)(POCy $\rightarrow (\exists z)(IMPyz \cdot SOGz \cdot \neg PARz \cdot \neg(\exists x)CAUxz)$)	T12.12, T7.58, T7.57
T12.14 (y)(POCy $\rightarrow (\exists x)(\exists z)(ESExy \cdot SOGzx \cdot COSz)$)	D12.1
T12.15 (y)(POCy $\rightarrow (\exists x)(ATTx \cdot ESExy)$)	D12.1
T12.16 (y)(POCy $\rightarrow ETy$)	T12.15, T12.3, T2.114
T12.17 (y)($\neg(\exists x)ESEy \rightarrow \neg POCy$)	T12.15

Todos los demás poderes jurídicos son constituidos. Entre poder constituyente y poderes constituidos puede además demostrarse una relación de oposición. Mientras el poder constituyente es no constituido (T12.18), los poderes constituidos, sean decisoriales o constitutivos (T12.19), son todos los demás poderes, o sea los no constituyentes (T12.20, T12.21) y presentan características opuestas a las del poder constituyente: son ante todo producidos por actos (T12.22) y precisamente por decisiones válidas o inválidas consistentes en la aplicación de al menos alguna norma formal (T12.23); son consiguientemente legítimos o ilegítimos (T12.24); son modalidades de actos preceptivos (T12.25) subordinadas en cuanto tales a situaciones de grado supraordenado (T12.26). Están en fin sometidos al *principio de legalidad* en el doble sentido de que, tanto las decisiones de las que traen causa (T12.27) como aquellas que representan su actuación (T12.28), se encuentran sujetas a normas formales y sustantivas.

T12.18	$(y)(POCy \rightarrow (POTy \cdot \neg PCTy))$	D12.2, T12.4
T12.19	$(y)(PDCy \vee PCSy) \rightarrow PCTy$	T10.39, D12.2
T12.20	$(y)(PCTy \rightarrow (SITy \cdot \neg COSy))$	D12.2, T10.1, T6.62
T12.21	$(y)(PCTy \rightarrow (POTy \cdot \neg POCy))$	D12.2, T12.4
T12.22	$(y)(PCTy \rightarrow (\exists x)(EFFyx \cdot ATTx \cdot CAUxy))$	T12.20, T6.45
T12.23	$(y)(PCTy \rightarrow (\exists x)(EFFyx \cdot DECxy \cdot (VALx \vee INVx) \cdot (\exists r)(APLxr \cdot NFORx)))$	D12.2, T10.11
T12.24	$(y)(PCTy \equiv (POTy \cdot (LGTy \vee ILGy)))$	D12.2, T10.12, T12.11
T12.25	$(y)(PCTy \rightarrow M(\exists x)(MODyx \cdot (\exists y'')APRxy''))$	D12.2, T10.3
T12.26	$(y1)(PCTy1 \rightarrow (SITy1 \cdot (\exists y0)(SITy0 \cdot GSOy0y1)))$	T12.20, T6.88
T12.27	$(y)(PCTy \rightarrow (\exists x)((\exists r)(\exists f)(NFORx \cdot REGrf \cdot FORfx) \cdot (\exists r)(NSOrx \cdot REGry \cdot SIGyx) \cdot DECxy \cdot EFFyx))$	D12.2, T10.31
T12.28	$(y)(x)(y')((PCTy \cdot MODyx \cdot DECxy') \rightarrow ((\exists r)(\exists f)(NFORx \cdot REGrf \cdot FORfx) \cdot (\exists r)(NSOrx \cdot REGry' \cdot SIGy'x) \cdot ATZxy))$	T9.92, T9.93, T9.82, D2.7, T9.13, T5.16

De este modo hemos sentado las premisas para reformular tres tesis fundamentales de la teoría iuspositivista de la democracia sumariamente anticipadas en el capítulo VII: la distinción entre personas naturales como *artífices* y personas institucionales como *artificios*; la atribución a las primeras tanto de la titularidad como del ejercicio de los *poderes constituyentes*; el carácter de *poderes constituidos* de todos los demás poderes, desde las funciones públicas a las potestades privadas, excluido obviamente el poder constituyente al que los poderes constituidos se encuentran directa o indirectamente subordinados.

Añado que la definición D12.1 es ideológicamente neutral. No nos dice quiénes son los sujetos titulares del poder constituyente, ni quiénes lo ejercen, ni mucho menos cómo tal poder es o debe ser ejercido. Se limita a decir que sus titulares son sujetos constituyentes y por tanto, en virtud del postulado P13, no son artificios causados por actos sino sujetos de carne y hueso. Podrá tratarse de un rey legislador, de una aristocracia elitista o de un grupo revolucionario. Pero, como se indicó en las tesis T7.87 y T7.88, podrá también tratarse de todo el pueblo (T12.29), que en democracia, como se verá en el próximo párrafo, es el sujeto colectivo al que se imputa, a través de los sujetos individuales que lo componen, tanto el poder constituyente como el acto que representa su ejercicio⁵.

T12.29	$(w)(z)(y')(y'')((SOGw \cdot COLwz \cdot SOGz \cdot IMPzy' \cdot INTy' \cdot TITzy'') \cdot POCy'') \rightarrow POPwz)$	T7.87, T12.3, T2.43
--------	---	---------------------

Sin embargo, resulta claro que según cual sea la naturaleza de los sujetos constituyentes, cambia la naturaleza del poder constituyente y al mismo tiempo la de los sistemas políticos mediante los que pueden interpretarse las secuencias de situaciones y de actos formuladas en los §§ 6.7 (T6.48-T6.59), 8.7 (T8.81-T8.84) y 10.2 (T10.37-T10.38). En los sistemas autocráticos, basados en el simple principio *quod principi*

placuit legis habet vigorem, el poder constituyente se identificará con la voluntad de un soberano. En los sistemas democráticos podemos en cambio identificarlo con la llamada soberanía popular⁶, es decir, con el conjunto de las libertades prepolíticas y prejurídicas de todos los consociados, cuyo ejercicio da vida al *pactum associationis*, resulte o no expresado en una constitución formal emanada, supongamos, de una apropiada asamblea constituyente. Pero esto no excluye que sea «constituyente» también el poder subversivo ejercido por un golpe de estado. Nuestro modelo teórico es neutral con respecto a estas diferentes interpretaciones, todas igualmente admisibles⁷. La única indicación que esto nos sugiere es que la cadena tiene un comienzo en una situación no positiva —el poder constituyente, justamente— y un fin en un efecto que no es una situación (T6.49, T8.84).

De este modo encuentran solución los problemas y las aporías suscitadas de un lado por la noción kelseniana de «norma fundamental» y, de otro, por el tradicional concepto de soberanía. No hay espacio en el modelo teórico aquí propuesto para la «norma fundamental»: que, al menos en el sentido de norma no originada, no existe, dado que todas las normas son producto de actos normativos o fuentes (T8.11, D8.2). Existen sin duda normas supremas supraordenadas a cualquier otra, como son justamente, en el estado constitucional de derecho, las normas constitucionales, que así pues bien pueden llamarse «fundamentales», al igual que, entre otras cosas, los derechos fundamentales habitualmente establecidos en ellas. Pero estas normas, como mejor veremos en el § 12.4, son fundadas —aunque fundantes, como normas sobre la producción superiores a todas las demás— por el acto mediante el que se ejerce el poder constituyente, que es una situación de grado supraordenado a ellas.

Bien podemos llamar a semejante poder «soberanía», al tratarse precisamente, de acuerdo con las clásicas definiciones de ese concepto, de un poder *legibus solutus* y *superiorem non recognoscens*. Pero a condición de admitir que el mismo se agota con su ejercicio, postulado en su propia definición; así es que, una vez ejercido, deja de existir, al menos en relación con el ordenamiento constituido por las normas constitucionales sobre la producción dictadas mediante su ejercicio⁸. Existe, en suma, sólo en el momento constituyente. Se trata en efecto de un poder que es una *situación jurídica* sólo si considerado *a posteriori*, o sea en virtud del acto del que es ejercicio y mediante el que se produce la constitución del ordenamiento; pero que, si considerado *a priori*, es una *potencia de hecho*, en el doble sentido de que su ejercicio, y por tanto su reconocimiento como poder jurídico constituyente, es sólo *potencial* y requiere además de una *efectiva potencia*. Por eso, para evitar equívocos, el término «soberanía» no figura en esta teoría. Ya que en el estado constitucional de derecho no existen poderes soberanos o *legibus soluti*; así como no existen poderes soberanos en el ordenamiento internacional nacido de la Carta de la ONU, que ha sometido a los Estados adheridos, también en sus relaciones externas, al derecho y precisamente a la pro-

hibición jurídica de la guerra y a la garantía de los derechos fundamentales. Existe sólo, o mejor, ha existido, el poder constituyente por el que todo ordenamiento originario es (ha sido) constituido.

12.3. *El acto constituyente*

Llegados a este punto resulta fácil definir el acto constituyente mediante el que el poder constituyente es (ha sido) ejercido. Recuérdesse la noción, formulada en el § 8.3, de ‘acto institutivo’ como precepto constitutivo de una ‘institución’ (D8.16): entendida ‘institución’, a su vez, como un efecto jurídico que puede ser contemplado, alternativamente, como un ordenamiento o como una persona artificial (D8.15). Tal precepto —se dijo— es habitualmente un acto formal, regulado por normas cuando menos formales sobre su producción. Hay sin embargo un caso, se añadió, en el que no es un acto formal, al no estar regulado por ninguna norma sobre la producción. Es el caso, justamente, del ‘*acto constituyente*’, que podemos ahora definir como el acto institutivo de grado no subordinado a ningún otro e imputado a un sujeto constituyente que, cuando el acto sea ‘democrático’ —añado, utilizando por vez primera en una definición este término primitivo—, es el pueblo: un acto, pues, que aun suponiendo el poder constituyente, es también él mismo originario y del que más bien depende, junto a la efectividad, la propia existencia del poder constituyente.

D12.3 *El ‘acto constituyente’ es el acto de grado no subordinado a ningún otro mediante el que se ejerce el poder constituyente, que es productivo de una o varias normas sobre la producción jurídica y que se imputa a un sujeto constituyente que, si el acto es democrático, es el pueblo.*

$$(x1)(ACTx1 \equiv (\exists w)(\exists y0)(AISx1w \cdot ESEx1y0 \cdot POCy0 \cdot \neg(\exists x0)(ATTx0 \cdot GSOx0x1) \cdot (\exists y1)(EFFy1x1 \cdot SIGy1x1 \cdot (\exists x2)NPRy1x2) \cdot (\exists z)(IMPx1z \cdot SOGz \cdot COSz \cdot (DEMx1 \rightarrow (COLx1z \cdot POPz))))))$$

Así pues, el acto constituyente es el acto institutivo de una institución (T12.30), o sea de una entidad ambivalente, como son todas las instituciones, según he mostrado en el § 8.13, dado que puede configurarse bien como un ordenamiento, bien como un sujeto artificial: concretamente, como un ordenamiento donde no venga considerado como sujeto o persona jurídica, y como un sujeto donde no venga considerado como ordenamiento (T8.111-T8.115, T12.31, T12.32). Es siempre una fuente de normas sobre la producción (T12.33): concretamente de ese conjunto de normas que más adelante llamaremos ‘constitución’. Pero su principal rasgo distintivo, en razón de su grado supraordenado a cualquier otro, es su naturaleza de acto originario o constituyente (T12.34) como ejercicio desregulado (T12.35), justamente, del poder constituyente (T12.36). Además diremos que es ‘democrático’ sólo si es un acto

colectivo imputado al pueblo (D7.16, T7.87, T7.88) como sujeto constituyente (T12.37).

T12.30	$(x)(ACTx \rightarrow (\exists w)(AISxw \cdot CAUxw \cdot ISZw))$	D12.3, T8.107
T12.31	$(x)(ACTx \rightarrow (\exists w)(AISxw \cdot (ORDw \vee SGGw)))$	T12.30, T8.111
T12.32	$(x)(ACTx \rightarrow (\exists w)(AISxw \cdot (\neg SGGw \rightarrow ORDw)))$	T12.30, T8.114
T12.33	$(x1)(ACTx1 \rightarrow (\exists y)(\exists x2)(FONx1y \cdot NPRyx2))$	D12.3, D8.2, D9.13, D8.5, D5.1, T5.30
T12.34	$(x)(ACTx \rightarrow (ATTx \cdot COSx))$	D12.3, T6.91, T8.16
T12.35	$(x)(ACTx \rightarrow (ATTx \cdot \neg(\exists r)REGrx))$	T12.34, T5.58
T12.36	$(x)(ACTx \rightarrow (\exists y)(ESExy \cdot POCy))$	D12.3
T12.37	$(x)(ACTx \rightarrow (DEMx \rightarrow (\exists z)(COLxz \cdot IMPxz \cdot POPz \cdot SOGz \cdot COSz)))$	D12.3

De otro lado, al igual que el poder constituyente con respecto a otras situaciones, el acto constituyente es un acto lingüístico bastante distinto de todos los demás actos jurídicos. No es una decisión formal (T12.38), al no hallarse regulado por ninguna norma sobre su producción (T12.39), ni formal ni sustantiva; y no es siquiera un acto formal del que pueda predicarse la validez o invalidez, pues carece de cualquier requisito de forma (T12.40, T12.41, T12.42). En efecto, aunque se trate de un precepto es un acto informal, obviamente facultativo (T12.43). Además, no existiendo ningún acto de grado supraordenado al mismo (T12.44), se encuentra en el vértice del sistema, sustraído por tanto al principio de legalidad: no sólo en el sentido ya dicho de que no existen normas sobre su producción, sino también en el sentido de que no existen normas que regulen o condicionen sus efectos (T12.45), es decir, la constitución y las normas constitucionales por él producidas.

T12.38	$(x)(ACTx \rightarrow \neg(\exists y)DECxy)$	T12.34, T9.26, T9.82
T12.39	$(x)(ACTx \rightarrow \neg(\exists r)(NFORx \vee NSORx))$	T12.34, T5.56, D9.13, T9.86
T12.40	$(x)(ACTx \rightarrow \neg AFOx)$	T12.34, T9.26
T12.41	$(x)(ACTx \rightarrow (\neg VALx \cdot \neg INVx))$	T12.40, T9.170
T12.42	$(x)(ACTx \rightarrow \neg(\exists y)FORyx)$	T12.34, T9.29
T12.43	$(x)(ACTx \rightarrow (AINx \cdot FCOx))$	T12.34, T9.48
T12.44	$(x1)(ACTx1 \rightarrow (ATTx1 \cdot \neg(\exists x0)(ATTx0 \cdot GSOx0x1)))$	T12.34, T6.91
T12.45	$(x)(ACTx \rightarrow (\exists y)(FONxy \cdot NORy \cdot \neg(\exists r)(NORr \cdot REGrx \cdot REGry)))$	T12.33, D8.2, T12.34, T8.65

¿Pero cómo se explica esta singular naturaleza —informal y preceptiva, desregulada y normativa— del acto constituyente? Se explica, lo mismo que la igualmente desregulada y no positiva del poder constituyente⁹, por su especial colocación, entre hecho y derecho, en el vértice del sistema: acto jurídico institutivo y normativo si visto desde abajo o desde dentro, es decir, desde el punto de vista del ordenamiento constituido; hecho extrajurídico y algunas veces antijurídico si observado desde fuera, es decir, desde el punto de vista del ordenamiento alterado o sustituido. Por ejemplo, son actos constituyentes por antonomasia los

actos revolucionarios: como la Revolución americana, la francesa o la rusa, que abatieron los regímenes preexistentes y dieron vida a nuevos ordenamientos. Pero lo mismo vale para los actos constituyentes que aparentemente se insertan en la vida de un ordenamiento preexistente. Por ejemplo, la aprobación el 22 de diciembre de 1947 de la Constitución italiana por parte de la Asamblea constituyente ha sido la fuente de la constitución misma, pero no en verdad como acto formal producido en la forma prevista por los decretos de la *Lugartenencia* n.º 151 de 25 de junio de 1944 y n.º 98 de 16 de marzo de 1946 que dieron vida a la Asamblea constituyente italiana¹⁰, sino en cuanto acto informal mediante el que se ejerció el poder constituyente. Tanto es así que ningún hipotético vicio de forma de tales decretos habría podido comportar la invalidez del acto constituyente. Pues en verdad no fue la forma de los decretos la fuente de legitimación de la Asamblea constituyente; del mismo modo que la legitimación de la Asamblea Nacional francesa de 1789 no proviene de la convocatoria regia de los Estados generales, sino del poder constituyente del que de hecho ella se consideró investida. En suma, la legitimación proviene del efecto producido, esto es, del hecho de que el acto constituyente, haciendo verdad por así decir la situación originaria o constituyente de la que es actuación (T12.5, T12.14 y T12.15), produjo la Constitución, por lo demás no de forma distinta de cuanto veremos a propósito de esa otra fuente informal que es la costumbre. Lo mismo cabe decir del referéndum institucional de 1946: válido no ya en virtud de la forma del decreto mediante el que fue convocado, sino sólo por su efectivo desarrollo y por la voluntad popular de hecho manifestada. En suma, en todos estos casos el acto constituyente es tal sólo por la naturaleza del efecto producido: el nuevo ordenamiento republicano y su Constitución. No es una decisión formal y sin embargo produce normas constitucionales. No es un acto constitutivo en el sentido de nuestra definición D9.10, y sin embargo constituye aquella especial persona artificial que es el Estado.

De aquí se sigue una importante consecuencia: ‘acto constituyente’, o sea supraordenado a cualquier otro acto, es sólo el que ha dado vida a una constitución. El poder de revisión de la constitución, debiendo desenvolverse en la forma y con los límites por ésta establecidos, es un poder constituido cuyo ejercicio, a diferencia del acto constituyente (T12.41), bien puede ser inválido si viola aquellas formas y límites. En cambio, si ese poder de revisión viene invocado y utilizado para dar vida a una nueva constitución, entonces sí, será constituyente, pero anticonstitucional con respecto a la constitución existente, en el sentido de que su ejercicio equivale a un acto revolucionario o subversivo, pero justamente por ello ilícito con respecto al ordenamiento preexistente¹¹.

Finalmente, hay que formular un último orden de consideraciones, relativo a las condiciones requeridas por la tesis T12.37 para calificar como ‘democrático’ el acto imputado al conjunto de sujetos que forman un ‘pueblo’ y para quienes las instituciones constituidas están destinadas

a regir. Se trata de condiciones relativas solamente al momento constituyente, y no en verdad a las instituciones y al ordenamiento constituidos: al acto, y no a sus efectos. ‘Democrático’, como se dijo en los Preliminares, es un predicado primitivo que expresa un valor límite y regulativo acerca del que, si se quieren evitar falacias iusnaturalistas, se pueden estipular, en cada ocasión atendiendo a los asuntos a los que se asocia, condiciones contrafácticas sólo necesarias pero no también suficientes.

Por otro lado, la imputación al pueblo del acto constituyente expresa simplemente las condiciones de la democracia política relativas al momento constituyente. Se trata, además, de condiciones que aseguran el carácter sólo tendencialmente democrático del acto constituyente. Distinguiremos en efecto grados diferentes en su democraticidad: de los poderes y de los actos decididamente no democráticos porque generadores de constituciones *octroiées*, a los más o menos representativos según la mayor o menor extensión del sufragio mediante el que resulta elegida una asamblea constituyente, hasta llegar a los más democráticos porque ejercidos en la forma de la democracia directa, cuando menos a través de la aprobación en referéndum del texto constitucional, al ser obviamente imposible la directa redacción popular.

En todo caso, las condiciones de democraticidad del acto constituyente no tienen nada que ver con las características democráticas, incluso las políticas, que a un ordenamiento se atribuyan por las ulteriores y mucho más importantes condiciones estipuladas por la constitución que es producto del acto constituyente: en efecto, pues pueden darse actos constituyentes democráticos productores de constituciones no democráticas o, al contrario, constituciones democráticas *octroiées*, es decir, producto de actos constituyentes no democráticos. Fue ciertamente democrático el acto constituyente de la República islámica de Irán, instituida en 1979 por una movilización de masas guiada por el ayatolá Ruholá Jomeini; pero son sin duda antidemocráticas y antiliberales la constitución y las instituciones políticas producidas, basadas en el integrismo religioso, el autoritarismo y la presencia del clero en la entera vida civil. En suma, es necesario distinguir, porque una cosa es del todo independiente de la otra, la democraticidad del acto constituyente de la democraticidad de la constitución producida. Podemos decir desde ahora que una constitución es democrática porque representa una garantía para todos, y no porque es querida por todos o por una mayoría cualquiera; por el carácter democrático de las normas constitucionales en ella contenidas y no por el de la forma del acto constituyente; por el conjunto de las condiciones, formales y sustanciales, de la democracia pactadas en la constitución, y no por el grado de consenso alcanzado en el acto constituyente. Son pues las condiciones jurídicas de la democracia acordadas en la constitución las que hay que identificar ahora a fin de llegar a una definición de ‘constitución’ apta para fundar una teoría normativa de la democracia.

12.4. Estructura y contenidos de las constituciones

Es posible formular dos nociones distintas de ‘constitución’: una, *estructural*, ligada a su colocación en el vértice de la *jerarquía de las normas*; otra, *axiológica*, referida a sus *contenidos normativos* y concretamente, si se asume como condición contrafáctica su carácter ‘democrático’, a las normas que vinculan forma y sustancia de la producción normativa respectivamente al ejercicio directo o indirecto de los derechos políticos y a la garantía de un conjunto más o menos amplio de derechos fundamentales¹².

Históricamente las dos nociones por lo general coinciden. En efecto, las constituciones nacen con la función, asegurada por su colocación en el vértice del sistema, de limitar y vincular a los poderes públicos, regulando su ejercicio por lo común de forma democrático-representativa, estableciendo la interna división y la recíproca separación entre ellos, y poniéndolos al servicio de la realización de la paz y de la tutela y satisfacción de una serie más o menos amplia de derechos fundamentales. También en el plano teórico ambas nociones se hallan conectadas: las normas que establecen la representación política, la división y la separación de los poderes, la paz y el respeto de los derechos fundamentales gozan de fuerza vinculante y capacidad garantista en tanto en cuanto sean normas constitucionales sobre la producción de grado supraordenado a cualquier otra. En este plano, sin embargo, la conexión termina aquí: no necesariamente, sino sólo contingentemente —o sea, únicamente en los sistemas que llamamos «democráticos»— las normas formales de las constituciones son de tipo democrático-representativo y las sustantivas consisten en principios y derechos fundamentales. Existen y han existido ordenamientos dotados de normas supraordenadas a todas las demás y sin embargo genuinamente antidemocráticas —piénsese en las «leyes fundamentales» de la España franquista— y calificables por tanto como constituciones desde la óptica de la noción estructural, aunque no ciertamente de la axiológica de ‘constitución’.

Estos dos rasgos del concepto de ‘constitución’ —el *estructural* de la colocación en el vértice del sistema de normas y el *axiológico* de su papel de legitimación y limitación de los poderes públicos en garantía de la paz y de los derechos fundamentales— podemos identificarlos con las dos dimensiones de todo fenómeno normativo: su causa o título y su significado o contenido. Ayuda a tal fin la distinción, formulada en el § 8.1 a propósito del principio de positividad de las normas, entre *fuentes y normas*, las primeras como causas y signos de las segundas (D8.2), las segundas como efectos y significados de las primeras (T8.19). En efecto, mientras que la estructura jerárquica y la colocación de la constitución en el vértice del sistema normativo son fácilmente identificables atendiendo a las fuentes, o sea, a los actos que son causa de las normas y a las relaciones de grado entre ellos existentes, el papel de las constituciones como límites y vínculos al ejercicio de los poderes públicos debe ser

identificado en relación con las normas, es decir, con los significados o contenidos establecidos.

Es esta segunda dimensión la que hace del concepto de constitución no sólo una figura central de la teoría del estado de derecho y de la democracia llamada, justamente, ‘constitucional’, sino también una noción dotada de enorme complejidad. En efecto, en su definición será necesario incluir, y al mismo tiempo distinguir, las dos nociones antes indicadas: la estructural relativa a su colocación en el vértice del sistema de las normas como efecto del acto constituyente, que está a su vez en el vértice del sistema de las fuentes, y la axiológica referida a los principios y derechos fundamentales que deben ser y que habitualmente son establecidos en las normas en ella contenidas. Para alcanzar este resultado, uniré en la definición de ‘*constitución*’, caracterizada como el ‘estatuto’ (D10.17) de una institución política (D11.40) originaria, tanto la noción estructural como la axiológica. Y expresaré esta última mediante el conjunto de las condiciones contrafácticas requeridas para la connotación de la constitución con el predicado primitivo ‘*democrática*’, ya antes utilizado en la definición de ‘acto constituyente’.

¿Cuáles son estas condiciones? Obviamente y como ya he señalado, una definición de ‘constitución democrática’ no puede aspirar a indicar todas las condiciones suficientes de la democraticidad de una constitución. Puede sin embargo indicar algunas como necesarias a partir de la experiencia histórica del constitucionalismo, que a su vez es el fruto de las doctrinas ilustradas del contrato social como pacto de pacífica convivencia. Estas condiciones, que como he dicho en el parágrafo que precede no tienen nada en común con las de la democraticidad del acto constituyente, son evidentemente principios de carácter axiológico. Concretamente, son principios ético-políticos que devienen jurídicos en cuanto y sólo en cuanto positivados mediante su formulación en normas constitucionales, como de hecho sucede en todos los ordenamientos avanzados.

Distinguiré dos clases de condiciones o principios idóneos para caracterizar una constitución como ‘democrática’: *a)* los de carácter *formal* y *b)* los de carácter *sustancial*: entendidos ‘formal’ y ‘sustancial’, conviene precisar, no ya en sentido metateórico (en el que, como se ha dicho desde la Introducción, todas las nociones teóricas son formales), sino en el sentido teórico en el que hablamos de normas ‘formales’ y ‘sustantivas’ sobre la producción, de validez o de invalidez ‘formal’ y ‘sustancial’, de aplicación ‘formal’ o ‘sustancial’. Concretamente, las condiciones (y las normas) formales pueden ser identificadas con el conjunto de las normas de competencia que diseñan: *aa)* la producción de normas y/o de actos de gobierno por parte de los mismos sujetos que son sus destinatarios, ya sea directamente o a través de representantes; *ab)* la distribución de los poderes públicos, como resulta de un lado de la división de cada poder entre sujetos distintos, y de otro por la separación entre las que llamaré ‘funciones de gobierno’ y ‘funciones de garantía’. A su vez, las

condiciones (y las normas) sustanciales son: *ba*) las garantías del conjunto de los derechos fundamentales —políticos, civiles, de libertad y sociales— idóneas para caracterizar, como veremos analíticamente en la cuarta parte, otras tantas dimensiones —la política, la civil, la liberal y la social— de la democracia constitucional; *bb*) la garantía de la paz que a su vez, como veremos, está conectada por una relación de recíproca implicación y connotación a la de los derechos fundamentales.

Resulta claro que la estipulación de estas condiciones o principios sirve para introducir en la teoría del derecho una doctrina de la democracia que, aunque en el plano dogmático es descriptiva de la estructura de los modernos ordenamientos informados por el paradigma de la democracia constitucional, en el plano teórico equivale a un modelo normativo. En efecto, estos principios de democracia son principios jurídicos si y sólo si se hallan incorporados a las constituciones o están en todo caso positivados. En concreto, retomando la distinción de principios realizada desde la Introducción, son *principia iuris et in iure* los derechos fundamentales y los demás principios de justicia sancionados explícitamente en las constituciones, como por ejemplo, en la Constitución italiana, el principio de igualdad, las libertades fundamentales, los derechos sociales, el principio de la paz y la tutela del medio ambiente; pero lo son también, pues aunque no estén formulados expresamente pueden recabarse inductivamente del análisis del sistema jurídico, la división y la separación de los poderes, la representación política, los llamados principios generales del derecho, así como las garantías no explícitamente establecidas y sin embargo identificables por vía interpretativa. Son en cambio *principia iuris tantum* los principios lógicos, externos al derecho positivo, que excluyen antinomias y lagunas respecto a los *principia iuris et in iure*, imponiendo el deber de introducir y de respetar las correspondientes garantías: en pocas palabras, el deber de la plenitud y de la coherencia que pesa sobre el legislador, que en última instancia equivale al elemental principio de que el derecho constitucionalmente establecido debe ser respetado —que *regulae servandae sunt* (o *ius servandum est*)— también por los supremos poderes legislativos y de gobierno.

Por tanto, antes de definir ‘constitución’ será necesario introducir —a fin de identificar los contenidos que condicionan contrafacticamente su carácter ‘democrático’— los principios más arriba enunciados, mediante la definición de otras tantas nociones: en primer lugar, las de ‘representación política’, y ‘división’ y ‘separación de los poderes’, que en la definición de ‘constitución democrática’ serán presentadas como otras tantas *normas de reconocimiento* del ordenamiento instituido; en segundo lugar, la de la ‘paz’ y la de aquellos derechos fundamentales que llamaré ‘vitales’, en cuya garantía será identificada la *razón social* de la respectiva institución pública. Al análisis de estas nociones serán dedicados los próximos §§ 12.5-12.9.

12.5. *La representación política, la división del poder y la separación de los poderes*

Caracterizaré tanto la representación política como la división y la separación de los poderes como otras tantas normas de competencia mediante las que los poderes públicos son, por una parte, atribuidos y, por otra, distribuidos. También ofreceré definiciones puramente formales de estas figuras, que no nos dirán qué órganos o funciones es justo que sean (o deban ser) representativos, divididos y/o separados, sino sólo en qué consiste (o qué son) la representación, la división y la separación.

Definiré pues la '*representación política*' como una norma de competencia que atribuye la representación orgánica de una persona artificial o de uno de sus órganos en orden al desempeño de funciones públicas a funcionarios elegidos mediante el ejercicio del derecho político de voto.

D12.4 '*Representación política*' es la norma de competencia en virtud de la cual la representación orgánica en orden al desempeño de funciones públicas es confiada a sujetos elegidos mediante el ejercicio de los derechos políticos de voto.

$$(r')(r'')(RPPr'r'' \equiv (\exists z')(\exists z'')(\exists x')(\exists x'')(\exists y)(NCPPr'r'' \cdot FPUr'' \cdot IMPr''z' \cdot FUZZ' \cdot RAOz'z'' \cdot (ORGz'' \vee PARz'') \cdot EFFr''x' \cdot ELEX'z' \cdot VOZx'x'' \cdot VOTx'x'' \cdot ESEx''y \cdot DPLY))$$

Se trata de un concepto totalmente distinto de aquel otro, definido en el § 7.7, de la representación jurídica (D7.12-D7.14). En efecto, la *representación jurídica* designa la relación jurídica entre dos sujetos de los que uno actúa en nombre y por cuenta del otro, de manera que los actos del representante son imputados al representado a cuyos intereses y expectativas sirven dichos actos. La *representación política*, en cambio, designa la relación que los representantes tienen con sus electores, siendo una relación puramente política de la que está excluida, como dice expresamente el artículo 67 de la Constitución italiana, todo «vínculo de mandato». No hay por tanto ninguna relación representativa de tipo jurídico entre electores y elegidos. En efecto, la única representación jurídica que estos últimos mantienen es la orgánica con la persona jurídica del Estado, con uno de sus órganos o con otras instituciones políticas, a quienes sus actos son imputados.

Lo que la representación jurídica y la representación política tienen en común es la exclusión del conflicto de intereses entre representantes y representados. Esta exclusión, que como vimos en su momento es un elemento de la definición de '*representación*' en sentido jurídico (D7.12), se halla implícita también en el carácter público de las funciones ejercidas por los representantes políticos, relativas justamente a la esfera pública, o sea, a los intereses generales, de manera que se excluye toda subordinación a intereses privados (T11.135). Obviamente el voto refleja las opiniones y acaso los intereses de cada votante. Pero precisa-

mente por esto el representante político no puede quedar vinculado a ellos y está llamado a representar los intereses de todos. El conflicto de intereses, en suma, excluye la representación en ambos sentidos, jurídico y político: en su presencia no se puede hablar en ningún sentido de representación.

Más compleja es la noción de ‘división de los poderes’. Es ésta una expresión polisémica. Según una distinción sugerida por Michel Troper y por Riccardo Guastini, puede ser entendida con dos significados distintos: en el sentido de «división entre poderes» y en el sentido de «división del poder»¹³. En estas dos fórmulas resulta diferente tanto el significado de «división» como el significado de «poder»: en la primera fórmula «división» significa «separación» y la palabra «poderes», usada en plural, designa funciones distintas atribuidas a instituciones distintas; en la segunda «división» significa «distribución» y la palabra «poder», usada en singular, designa la misma función atribuida por lo común a una misma institución. En el primer sentido la fórmula expresa la clásica separación formulada por Montesquieu entre poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial. En el segundo corresponde más bien al principio de *checks and balances*, o sea, a la distribución entre sujetos distintos del mismo poder.

Por ello, para evitar equívocos, propongo llamar *separación de los poderes* al principio organizativo en virtud del cual funciones distintas se especializan mediante su atribución a instituciones entre sí independientes: el caso más importante, pero como veremos no el único, es el de la función judicial con respecto a la legislativa y a la de gobierno. Hablaremos en cambio de *división del poder* para designar la articulación del poder de manera tal que, gracias a recíprocos controles y equilibrios, la competencia relativa a una misma función quede dividida entre instituciones, u órganos y/o funcionarios distintos, a fin de que el poder de uno delimite el del otro; es el caso de las relaciones entre gobierno y parlamento en las democracias parlamentarias, donde el primero tiene necesidad de la confianza del segundo y éste, a su vez, puede ser disuelto por el primero, o con el concurso del primero. Mientras que la separación entre los poderes implica la recíproca independencia entre las instituciones que son titulares en exclusiva de los poderes separados, la división del poder comporta la *inter-dependencia* de los órganos y de los sujetos entre los que el poder se halla dividido, mediante la atribución a alguno de ellos del nombramiento y/o de la destitución de los funcionarios investidos del mismo, o mediante la participación y/o el control de alguno de ellos sobre el mérito de su ejercicio.

Se trata pues de dos conceptos profundamente distintos, que exigen dos definiciones también distintas. Los principios normativos que expresan, aun cuando ambos sean esenciales para impedir el despotismo y limitar los poderes en garantía de los intereses públicos y de los derechos fundamentales, son no solamente distintos, sino también, si aplicados a varias funciones, contrastantes: donde hay separación *entre*

los poderes y por tanto independencia de los órganos titulares de los mismos, no hay con-división *del* poder; mientras que donde hay con-división *del* poder entre órganos titulares de funciones distintas, no hay entre éstas separación ni por tanto independencia. En efecto, son no sólo distintas, sino opuestas las técnicas normativas expresadas por las dos fórmulas para limitar el sistema de los poderes públicos: la primera consiste en separar los poderes atribuyéndolos a instituciones y a órganos independientes para que cada uno de tales poderes, precisamente porque no compartido con los órganos que son titulares de otros, sirva a éstos de «freno», según la clásica fórmula de Montesquieu¹⁴; la segunda consiste en dividir cada poder entre órganos entre sí conectados e interdependientes a fin de que, justamente porque no concentrado en un único órgano, quede sometido a los límites y controles ejercidos por otros. Por lo demás, también de estas figuras ofreceré definiciones formales, sin precisar la naturaleza de las funciones para las que se justifica la división y/o la separación.

Ciertamente en la democracia constitucional —como se dirá más adelante, en la parte condicionada o axiológica de la definición de ‘constitución’ (D12.22)— todas las funciones públicas están divididas. Pero esto no es una característica de las funciones públicas en cuanto tales, sino un requisito axiológico de la democracia constitucional, pues en ordenamientos autocráticos dichas funciones podrían muy bien hallarse concentradas en un solo sujeto. De otro lado, la división del poder puede alcanzar también a los poderes privados, sobre todo cuando éstos asumen formas complejas, como en la sociedad por acciones y en las demás sociedades mercantiles. Y puede también producirse una división del poder entre instituciones públicas y sujetos privados, como sucede con todas las funciones públicas o para-públicas atribuidas a particulares que exigen controles o autorizaciones por parte de sujetos de la esfera pública.

Por tanto, definiré la ‘*división del poder*’ como una norma competencial que distribuye entre varios órganos y funcionarios la competencia para las mismas funciones institucionales, estableciendo que los actos preceptivos mediante los que las ejercen los funcionarios a los que están encomendadas presuponen la designación de éstos, o bien la realización de actos instrumentales a aquellos preceptivos, por parte de otros funcionarios del mismo poder. Entiendo ‘designación’, como se dijo en el § 10.8, en el más amplio sentido, es decir, comprensivo no sólo de los nombramientos, sino también de los ascensos y las destituciones y, más en general, de todas las diversas figuras de «dependencia» y de «carrera».

D12.5 La ‘*división del poder*’ es una norma de competencia relativa a las funciones de una institución, en virtud de la cual los actos mediante los que se ejercen las funciones por parte de funcionarios que de ellas están investidos suponen la designación de éstos y/o la realización de actos instrumentales por parte de otros funcionarios.

$$(r')(r'')(\text{DVPr}'r'' \equiv (\text{NCPr}'r'' \cdot (w)(y)(x')(z')((\text{CPZr}''y \cdot \text{FUNy} \cdot \text{TITwy} \cdot \text{ISZw} \cdot \text{AFOx}' \cdot \text{ATZx}'y \cdot \text{AUTz}'x' \cdot \text{IMPyz}' \cdot \text{FUZz}'w) \rightarrow (\exists x'')(\exists z'')((\text{DESx}''z' \vee \text{ASTx}''x') \cdot \text{AUTz}''x'' \cdot \text{FUZ})))$$

Descomponiendo la suma lógica que forma esta definición, identificaré además dos tipos de división, uno relativo al *quién* y otro al *cómo* de las decisiones: uno relativo a la formación del órgano decisor, otro a la formación del acto de ejercicio del poder. Llamaré '*división orgánica*' a la que se produce cuando el funcionario encargado de una determinada función sea designado o destituido, sobre la base de criterios discrecionales, por otro funcionario del mismo órgano (en cuyo caso hablaremos de división *intra-orgánica*) o de un órgano diferente (en cuyo caso se hablará de división *inter-orgánica*). Llamaré en cambio '*división funcional*' a la que se produce cuando el acto preceptivo mediante el que la función se ejecuta es el fruto de un *procedimiento* (en el sentido expresado, en el § 9.5, por las tesis T9.20, T9.64 y T9.66) en el que participan funcionarios distintos, competentes unos para la emisión del acto preceptivo y otros de los actos instrumentales.

D12.6 La '*división orgánica del poder*' es una norma de competencia relativa a las funciones de una institución, en virtud de la cual los funcionarios autores de los actos mediante los que se ejercen tales funciones son designados por otros funcionarios.

$$(r')(r'')(\text{DVO}'r'' \equiv (\text{NCPr}'r'' \cdot (w)(y)(x')(z')((\text{CPZr}''y \cdot \text{FUNy} \cdot \text{TITwy} \cdot \text{ISZw} \cdot \text{AFOx}' \cdot \text{ATZx}'y \cdot \text{AUTz}'x' \cdot \text{IMPyz}' \cdot \text{FUZz}'w) \rightarrow (\exists x'')(\exists z'')(\text{DESx}''z' \cdot \text{AUTz}''x'' \cdot \text{FUZz}''))))$$

D12.7 La '*división funcional del poder*' es una norma de competencia relativa a las funciones de una institución, en virtud de la cual los actos mediante los que son ejercidas las funciones por parte de los funcionarios que están investidos de las mismas requieren la realización de actos instrumentales por parte de otros funcionarios.

$$(r')(r'')(\text{DVF}'r'' \equiv (\text{NCPr}'r'' \cdot (w)(y)(x')(z')((\text{CPZr}''y \cdot \text{FUNy} \cdot \text{TITwy} \cdot \text{ISZw} \cdot \text{AFOx}' \cdot \text{ATZx}'y \cdot \text{AUTz}'x' \cdot \text{IMPyz}' \cdot \text{FUZz}'w) \rightarrow (\exists x'')(\exists z'')(\text{ASTx}''x' \cdot \text{AUTz}''x'' \cdot \text{FUZz}''))))$$

No sólo distinta sino contraria es la noción de '*separación de los poderes*'. También de ella propondré una noción sólo formal, que no nos dirá qué funciones están o es justo que estén separadas de otras, sino únicamente que la separación es una norma de competencia en virtud de la cual una determinada función no está (con-)dividida con funcionarios pertenecientes a un «poder», es decir, a una institución distinta porque caracterizada por una razón social diferente. En este sentido, designa simplemente la no con-división de las funciones atribuidas a una determinada institución con órganos o funcionarios de otra institución, investidos de otras funciones. Designa, consiguientemente, la *incompa-*

tibilidad de unas funciones con otras en manos de un mismo sujeto: por ejemplo, como estableceré en la definición de ‘constitución *democrática*’, la incompatibilidad entre funciones de gobierno y funciones de garantía, empezando por la primera de todas, la función judicial.

D12.8 *La ‘separación de poderes’ es una norma de competencia relativa a las funciones de una institución, en virtud de la cual los actos mediante los que se ejercen las funciones por parte de los funcionarios que están investidos de las mismas suponen la no designación de éstos y/o la no realización de actos instrumentales por parte de funcionarios de instituciones diferentes.*

$$(r')(r'')(\text{SEPr}'r'' \equiv (\text{NCP}'r'' \cdot (w')(y)(x')(z')((\text{CPZr}''y \cdot \text{FUNy} \cdot \text{TITw}'y \cdot \text{ISZw}' \cdot \text{AFOx}' \cdot \text{ATZx}'y \cdot \text{AUTz}'x' \cdot \text{IMPyz}' \cdot \text{FUZZ}'w') \rightarrow \neg(\exists x'')(\exists z'')(\exists w'')((\text{DESx}''z' \vee \text{ASTx}''x') \cdot \text{AUTz}''x'' \cdot \text{FUZZ}''w'' \cdot \text{ISZw}'')))))$$

Es fácil advertir que la separación de los poderes representa una figura organizativa opuesta a la de la división: excluye la división, o mejor, la con-división de un determinado poder con funcionarios de instituciones diferentes y titulares de otros poderes. También la separación, por tanto, podrá ser de dos tipos: orgánica y funcional. Es *orgánica* la separación de los poderes que excluye su (con-)división orgánica, es decir, la designación (o la destitución) del funcionario investido de un poder, por parte de funcionarios de instituciones y competencias distintas. Es *funcional* la separación de poderes que excluye la división funcional, es decir, que no admite que los actos preceptivos que son ejercicio de una función sean el fruto de un procedimiento en el que participen funcionarios de otra institución, investidos de funciones distintas.

D12.9 *La ‘separación orgánica de poderes’ es una norma de competencia relativa a las funciones de una institución, en virtud de la cual los funcionarios autores de los actos mediante los que tales funciones se ejercen no son designados por funcionarios de instituciones diferentes.*

$$(r')(r'')(\text{SEOr}'r'' \equiv (\text{NCP}'r'' \cdot (w')(y)(x')(z')((\text{CPZr}''y \cdot \text{FUNy} \cdot \text{TITw}'y \cdot \text{ISZw}' \cdot \text{AFOx}' \cdot \text{ATZx}'y \cdot \text{AUTz}'x' \cdot \text{IMPyz}' \cdot \text{FUZZ}'w') \rightarrow \neg(\exists x'')(\exists z'')(\exists w'')(\text{DESx}''z' \cdot \text{AUTz}''x'' \cdot \text{FUZZ}''w'' \cdot \text{ISZw}'')))))$$

D12.10 *La ‘separación funcional de poderes’ es una norma de competencia relativa a las funciones de una institución, en virtud de la cual los actos mediante los que tales funciones se ejercen por parte de los funcionarios investidos de las mismas no suponen la realización de actos instrumentales por parte de funcionarios de instituciones diferentes.*

$$(r')(r'')(\text{SEFr}'r'' \equiv (\text{NCP}'r'' \cdot (w')(y)(x')(z')((\text{CPZr}''y \cdot \text{FUNy} \cdot \text{TITw}'y \cdot \text{ISZw}' \cdot \text{AFOx}' \cdot \text{ATZx}'y \cdot \text{AUTz}'x' \cdot \text{IMPyz}' \cdot \text{FUZZ}'w') \rightarrow \neg(\exists x'')(\exists z'')(\exists w'')(\text{ASTx}''x' \cdot \text{AUTz}''x'' \cdot \text{FUZZ}''w'' \cdot \text{ISZw}'')))))$$

Así pues, un poder está dividido si y sólo si los sujetos competentes para producir los actos preceptivos que constituyen su ejercicio dependen de otros sujetos —en cuanto al nombramiento, la destitución o cualquier aspecto de su carrera—, o bien tienen necesidad de la participación de otros sujetos, competentes para la producción (al menos de uno) de los correspondientes actos instrumentales. Están en cambio separados en caso contrario. Por consiguiente, lo mismo la separación que la división pueden ser tanto de tipo orgánico como funcional (T12.46, T12.47).

T12.46 (r')(r'')((DVPr'r" \equiv (DVOr'r" \vee DVFr'r')) D12.5, D12.6, D12.7

T12.47 (r')(r'')((SEPr'r" \equiv (SEOr'r" \vee SEFr'r')) D12.8, D12.9, D12.10

Es claro que los tres pares de conceptos —con-división y separación, con-división funcional y separación funcional, con-división orgánica y separación orgánica— son entre sí al menos en parte contrarios. Dos poderes, entendido «poder» en el sentido de «institución de poder», están separados sólo si no están con-divididos. Si entre dos poderes existe separación, en efecto, no se da con-división y viceversa (T12.48). Si entre ellos hay con-división funcional entonces no se da separación funcional y viceversa (T12.49). Si hay con-división orgánica, no hay separación orgánica y viceversa (T12.50). Donde concorra sólo uno de estos dos tipos de separación, tendremos una separación sólo parcial; mientras que tendremos una plena separación si los dos tipos concurren conjuntamente. Manteniéndose la incompatibilidad lógica entre plena separación y plena con-división, diremos por tanto que la simple división orgánica es lógicamente compatible con la separación funcional: es el caso de la separación entre poder judicial y poder de gobierno sólo en cuanto a las funciones, que acontece por ejemplo en aquellos ordenamientos donde la designación de todos o de algunos magistrados queda confiada a asambleas legislativas o al poder ejecutivo. A su vez, la simple separación orgánica es lógicamente compatible con la división funcional: es el supuesto, inverso al precedente, de la división funcional y al propio tiempo de la separación orgánica que existe entre poderes políticos y poder judicial en el caso de la exigencia de autorización del gobierno o del parlamento para el ejercicio de la función judicial en relación con algunos delitos o algunos imputados; de la amnistía o del indulto aprobados por el parlamento para ciertos delitos; o de la gracia concedida a algunos condenados por parte del presidente de la República¹⁵.

T12.48 (x')(z')(w')((AFOx' \cdot AUTz'x' \cdot FUZZ'w' \cdot ISZW') \rightarrow
(r')(r'')(y)(z'')(w'')((NCPr'r" \cdot CPZr'y \cdot FUNy \cdot TITw'y \cdot ATZx'y \cdot IMPyz' \cdot
IMPyz" \cdot FUZZ'w" \cdot ISZW") \rightarrow (DVPr'r" \rightarrow \neg SEPr'r')))) D12.5, D12.8

T12.49 (x')(z')(w')((AFOx' \cdot AUTz'x' \cdot FUZZ'w' \cdot ISZW') \rightarrow
(r')(r'')(y)(z'')(w'')((NCPr'r" \cdot CPZr'y \cdot FUNy \cdot TITw'y \cdot ATZx'y \cdot IMPyz' \cdot
IMPyz" \cdot FUZZ'w" \cdot ISZW") \rightarrow (DVOr'r" \rightarrow \neg SEOr'r')))) D12.6, D12.9

T12.50 (x')(z')(w')((AFOx' · AUTz'x' · FUZZ'w' · ISZw') →
 (r')(r')(y)(z'')(w'')((NCP'r'' · CPZ'r''y · FUNy · TITw'y · ATZx'y · IMPyz' ·
 IMPyz'' · FUZZ''w'' · ISZw'') → (DVFr'r'' → ¬SEFr'r'')))) D12.7, D12.10

Naturalmente, estas relaciones de contrariedad valen sólo entre separación y con-división en relación con los mismos poderes. En efecto, se advertirá una asimetría entre las definiciones de ‘división’ y de ‘separación’ y una consiguiente delimitación de su contrariedad en las tres tesis T12.48-T12.50. Mientras la división existe siempre que al ejercicio del mismo poder concurren —con actos de designación o con actos instrumentales— funcionarios distintos, la separación excluye este concurso sólo cuando tales funcionarios pertenezcan a poderes distintos, entendiendo «poderes» en el sentido ya indicado de «instituciones». Efectivamente, no tendría sentido hablar de incompatibilidad entre separación *de los* poderes y simple división *del* poder. Ya que todos los poderes pueden estar divididos, y como se verá lo están en principio en el marco de la democracia constitucional. En particular la división funcional, como se ha dicho, existe toda vez que el acto preceptivo mediante el que se ejerce una función es el resultado de un procedimiento en el que concurren varios sujetos con actos preceptivos e instrumentales distintos. El poder judicial, que es el poder separado por antonomasia, es también dentro del ordenamiento jurídico el funcionalmente (pero no orgánicamente) más dividido: entre jueces de instrucción y enjuiciamiento, entre jueces de primera y de otras instancias o, en fin, entre los jueces que componen los órganos colegiados. Lo que la separación no admite es justamente la con-división orgánica y/o funcional del poder que se quiere separado con los titulares de otros poderes.

12.6. *Funciones de gobierno y funciones de garantía.*

Los fundamentos de su separación. Funciones de garantía primaria y funciones de garantía secundaria

Ya se ha dicho que las definiciones aquí propuestas de ‘representación política’, de ‘división del poder’ y de ‘separación de los poderes’ son puramente formales. Nos dicen en qué consisten estas tres figuras, es decir, en presencia de qué condiciones los poderes *son* políticamente representativos, divididos o separados, pero no qué poderes *deben ser* (o es justo que sean) políticamente representativos, internamente divididos o entre ellos separados. Pero es precisamente esto lo que deberá ser estipulado por la definición de ‘constitución’, en forma de principios o condiciones axiológicas de su carácter ‘democrático’. Aclarado qué se entiende con nuestras tres figuras, es necesario pues responder a la siguiente pregunta: en un sistema que se convenga en llamar «democrático» y «de derecho», ¿cuándo se justifica la representación política, cuándo la división y cuándo la separación de poderes?

Cuando se habla de «separación» se alude sobre todo a la clásica doctrina de Montesquieu de la separación entre poder legislativo, poder judicial y poder ejecutivo, concebida en referencia a sistemas políticos incomparablemente más simples que los modernos. Desde entonces y con el desarrollo del estado social han crecido constantemente las funciones de gobierno y de garantía confiadas a la esfera pública. Como se verá en la parte cuarta, en las modernas democracias la red de los poderes que reclaman ser (o no ser) representativos, divididos o separados resulta bastante más compleja de lo que sugiere aquella tripartición dieciochesca: además de las relaciones entre los tres clásicos poderes del Estado, existen relaciones entre poderes estatales, supraestatales (pensemos sólo en la Unión Europea) e infraestatales; entre poderes federales, estatales y regionales; entre poderes económicos y poderes públicos; entre poderes políticos y las distintas autoridades de garantía; entre poderes de creación legislativa y poderes de aplicación del derecho; entre poderes decisoriales y poderes de control; entre funciones de acusación y funciones judiciales. Por tanto, los problemas de los fundamentos de la representación, así como los de la división y la separación de poderes deben reformularse.

A tal fin, no es de gran ayuda el uso de nuestras tres fórmulas con un sentido descriptivo para referirse a las distintas formas de gobierno adoptadas en los diferentes países. En efecto, las soluciones ofrecidas por los ordenamientos son de lo más dispares y sirven por ello sólo en el plano de la dogmática de los singulares sistemas jurídicos, y no en verdad para la teoría del derecho. Por ejemplo, en la experiencia americana, tanto estadounidense como latinoamericana, la representatividad política, directa e indirecta, es tendencialmente una característica de todos los poderes, incluido el judicial; en esa misma experiencia además, mientras que el poder legislativo y el ejecutivo se hallan entre sí separados, no pudiendo uno votar la censura o la disolución del otro, el poder judicial —en contraste con la clásica separación de Montesquieu— se halla compartido orgánicamente con otros poderes en la medida en que los jueces o fiscales son elegidos por el mismo electorado que elige a los miembros de los órganos legislativos o de gobierno, o nombrados directamente por estos últimos. Al contrario, en las formas de gobierno parlamentario, como por ejemplo la italiana, entre poder legislativo y poder de gobierno —en contraste de nuevo con la doctrina de Montesquieu— hay más bien con-división orgánica o funcional y no separación, al estar el gobierno sometido a la confianza y al control del parlamento que puede retirarle la confianza, y el parlamento al poder de dirección política del gobierno y al de disolución, compartido a su vez por el Presidente de la República y por el Presidente del Consejo; mientras que el poder judicial está separado de los otros poderes, siendo los jueces titulares en vía exclusiva de la función judicial, nombrados por concurso y sometidos únicamente a la ley, así como, por cuanto se refiere a su carrera, a un órgano de autogobierno. Sin contar las soluciones

intermedias y las innumerables variantes que en los distintos sistemas definen las formas tanto de la representación política como de la división y de la separación.

La respuesta a nuestra pregunta sobre las razones por las que la representatividad política, la división y la separación convienen a los diversos tipos de poderes requiere pues que sean identificadas las distintas fuentes de legitimación de los mismos. En la parte dedicada al análisis conceptual se ha visto que ‘(con-)división del poder’ y ‘separación de los poderes’ son principios organizativos no sólo distintos sino tendencialmente opuestos. ¿En qué casos y por qué se justifica la separación, y en qué casos y por qué se justifica la con-división? Excluido que las dos técnicas, contrarias entre sí, sean simultánea e integralmente aplicadas a cada relación entre poderes, ¿cuáles son los fundamentos axiológicos de una y otra forma de distribución y delimitación del poder, y cuáles las razones por las que para algunos se reclama y para otros se excluye la legitimación democrática de tipo político-representativo? Es claro que para responder a estos interrogantes es necesario proceder a un análisis de la distinta naturaleza de las funciones públicas, a fin de conectar a las mismas aquellas que son las dos fuentes de legitimación metajurídica, entre sí alternativas: la representación política o la rígida sujeción a la ley.

En una primera aproximación cabe sostener que los poderes públicos, si en razón de la diversidad de las funciones se encuentran fundados en fuentes de legitimación a su vez distintas, deben estar (o se justifica que estén) *separados*, o sea, atribuidos a órganos entre sí independientes; mientras que deben estar (o se justifica que estén) *divididos* cuando, al contrario, desarrollen la misma función o en todo caso sea idéntica su fuente de legitimación. Inversamente, se puede afirmar que, si en razón de la diversidad de las funciones entre dos poderes se justifica la separación, entonces debe ser (o se justifica que sea) distinta la fuente de legitimación; si en cambio entre ellos se justifica la con-división, entonces deben tener (o se justifica que tengan) en común la fuente de legitimación. En los sistemas parlamentarios, por ejemplo, mientras que entre poder legislativo y poder ejecutivo se justifica la con-división, teniendo estos poderes una única fuente de legitimación que es la representación popular, la separación entre poder legislativo y poder ejecutivo de un lado y poder judicial de otro excluye la con-división de las respectivas funciones entre los órganos que son sus titulares, al ser diferente su fuente de legitimación: para los dos primeros la representación política en función de intereses generales, para el tercero la rígida sujeción a la ley a través de su aplicación (también) ‘sustancial’ (D9.37) a los casos particulares.

Así pues, es el distinto papel y la distinta estructura de las funciones públicas lo que debe ser explicado. La tesis que sostendré es que estas funciones son esencialmente dos, reconducibles *grosso modo* a las dos grandes dimensiones de la fenomenología de la producción jurídica: voluntad y conocimiento, poder y saber, forma y sustancia, innovación y conservación, disposición y constatación, *legis-latio* y *iuris-dictio* —una

ligada a la que en los §§ 11.18 y 12.1 he llamado *esfera de lo decidible*, la otra a la que he llamado *esfera de lo indecidible (que o que no)*—. Son expresiones de la esfera discrecional de lo decidible las que he denominado *funciones de gobierno* y que incluyen tanto la función legislativa como la gubernamental de dirección política y administrativa. En cambio, se hallan instituidas para la defensa de la esfera vinculada de lo indecidible las que se han llamado *funciones de garantía* y que incluyen, además de las funciones judiciales de garantía secundaria, las funciones de control y todas las funciones de garantía primaria de los derechos de libertad y de los derechos sociales. Las funciones de gobierno diseñan el espacio de la política, cuyos parámetros de valoración son la eficiencia y la utilidad de los resultados obtenidos para la satisfacción de los intereses generales. Las funciones de garantía corresponden en cambio al espacio de la jurisdicción y de la administración vinculada, cuyos criterios de valoración son la corrección y el fundamento de las constataciones de sus presupuestos legales y la efectividad de las tareas exigidas. En fin —y es el rasgo distintivo más significativo de las dos clases, que podemos expresar a través de las categorías del ‘respeto’ y de la ‘aplicación’, ‘formal’ o ‘sustancial’, definidas en el § 9.15—, las decisiones mediante las que se ejercen las funciones de gobierno consisten en la *aplicación formal* y en el *simple respeto* sustancial de las normas supraordenadas a las mismas. Las decisiones mediante las que se ejercen las funciones de garantía consisten en cambio, además de en la *aplicación formal*, también en la *aplicación sustancial* de las normas sobre su producción. En pocas palabras, unas están legitimadas sobre todo por la forma de su producción; las otras lo están principalmente por la sustancia de los contenidos producidos.

D12.11 *Las ‘funciones de gobierno’ son las funciones legislativas y las administrativas, cuyo ejercicio es válido sustancialmente si respeta las normas sustantivas sobre su producción.*

$(y)(FGOy \equiv (FULy \vee (FUAy \cdot (x)(r)((ATZxr \cdot RISxr \cdot NSOrx) \rightarrow VASx))))$

D12.12 *Las ‘funciones de garantía’ son las funciones públicas consistentes en garantías primarias o en garantías secundarias producidas por el ejercicio de la función legislativa y actuadas por actos cuya validez sustancial depende de la aplicación sustancial de las normas sustantivas sobre su producción.*

$(y'')(FGAy'' \equiv (\exists y')(\exists x')(\exists r')(FPUy'' \cdot (GAPy''y' \vee GASy''y') \cdot FONx'y'' \cdot ATZx'r' \cdot FULr' \cdot (x'')(r''))((ATZx''y'' \cdot NSOr''x'') \rightarrow (VASx'' \rightarrow APSx''r'))))$

Por tanto, son funciones de gobierno, por definición, las funciones legislativas (T12.51). Son en cambio funciones de garantía las funciones jurisdiccionales (T12.52), definidas en su momento (D11.44) como funciones públicas consistentes en garantías secundarias. Pero son también de garantía, como se verá en el § 14.10, las funciones confiadas, en los sectores más dispares, a las llamadas «autoridades de garantía»: en

asuntos de privacidad, comunicaciones, competencia, tutela del medio ambiente y otros similares. En cuanto a las tradicionales funciones administrativas será preciso distinguir.

Son funciones de garantía las funciones administrativas vinculadas, como garantías primarias, a la aplicación sustancial de la ley (T12.53), como aquellas cuyo ejercicio consiste en las prestaciones obligatorias que satisfacen los derechos sociales, desde el derecho a la salud a los derechos a la educación, a la previsión social o a la subsistencia. Reconocer una pensión o prestar la asistencia sanitaria a quien tiene derecho, o asegurar a los menores la escuela obligatoria, por ejemplo, no constituyen funciones de gobierno, sino funciones de garantía: ya que no implican ni consienten opciones discrecionales informadas por el principio mayoritario, sino que reclaman al contrario la imparcial satisfacción de los derechos de todos. Lo mismo cabe decir de las funciones de inspección y de control.

Son en cambio funciones de gobierno todas aquellas funciones administrativas que comportan un ejercicio discrecional, simplemente dentro del respeto a los límites de la ley (T12.54): de las funciones técnicas en materia urbanística o de obras públicas a las diplomáticas en materia de política exterior, incluyendo todas las funciones de distinto modo auxiliares o subsidiarias a las de dirección política. En muchos casos es preciso distinguir dentro de la que puede parecer la misma función: por ejemplo, las funciones de policía judicial y las demás funciones de seguridad que inciden en concreto sobre la libertades de las personas son ciertamente funciones de garantía, primaria o secundaria; mientras que son funciones de gobierno las que se manifiestan en la política, no sólo legislativa sino también administrativa, en materia de seguridad o de orden público.

T12.51 (y)(FULy → FGOy) D12.11

T12.52 (y)(FUGy → FGAy) D12.12, D11.44

T12.53 (y'')(y')((FUAy" · GAPy"y' · (x)(r'')((AT'Zxy" · NSOr"x) → (VASx → APSxr'')))) → FGAy" D12.12, D11.43

T12.54 (y)((FUAy · (x)(r)((AT'Zxr · RISxr · NSOrx) → VASx)) → FGOy) D12.11

A continuación distinguiré las funciones de garantía en dos grandes clases:

D12.13 *Las 'funciones de garantía primaria' son las funciones de garantía consistentes en garantías primarias.*

(y'')(FGPy" ≡ (∃y')(FGAy" · GAPy"y'))

D12.14 *Las 'funciones de garantía secundaria' son las funciones de garantía consistentes en garantías secundarias.*

(y'')(FGSy" ≡ (∃y')(FGAy" · GASy"y'))

A diferencia de las funciones de gobierno —que son todas funciones cuyo ejercicio consiste en la innovación jurídica a través de leyes o disposiciones administrativas vinculadas sólo al *respeto sustancial* de las normas a ellas supraordenadas— las funciones de garantía, como mejor mostraré en el § 14.10, son pues todas aquellas para las que se justifica la independencia de las funciones de gobierno, consistiendo su ejercicio en la *aplicación sustancial*, además de formal, de las normas sobre su producción mediante la constatación de los presupuestos por éstas establecidos. Concretamente, son funciones de garantía primaria todas las funciones administrativas encargadas de la garantía negativa de los derechos de libertad a partir de la constatación y de la prevención de los actos que amenazan su lesión, o de la garantía positiva de los derechos sociales mediante la constatación de los presupuestos requeridos para su satisfacción. Son en cambio funciones de garantía secundaria, o en sentido lato judiciales, todas las jurisdiccionales o parajurisdiccionales, esto es, consistentes en la constatación y en la sanción o reparación de la violación de una garantía primaria.

12.7. *Instituciones de gobierno e instituciones de garantía. Instituciones de garantía primaria e instituciones de garantía secundaria*

A la gran división de las funciones públicas en funciones de gobierno y funciones de garantía podemos ahora añadir una correlativa bipartición de las instituciones públicas. Llamaré *instituciones de gobierno* e *instituciones de garantía* a las instituciones públicas cuyas normas de reconocimiento son las normas sobre la competencia de los órganos y de los funcionarios encargados, respectivamente, del ejercicio de funciones de gobierno y del ejercicio de funciones de garantía. Se trata de una distinción que en la parte cuarta se revelará bastante fecunda para los fines del análisis estructural de las diferentes dimensiones de la democracia constitucional, así como de sus distintos niveles, estatales, infra —y supraestatales— y, en particular, del nivel de una posible democracia cosmopolita: cuya construcción, como se verá en el capítulo XVI, exige la creación y el desarrollo de funciones e instituciones de garantía, primaria y secundaria, mucho más que de gobierno¹⁶.

D12.15 *Las ‘instituciones de gobierno’ son las instituciones públicas cuyas normas de reconocimiento son las normas sobre la competencia de los órganos y de los funcionarios encargados del ejercicio de funciones de gobierno.*

$$(z)(w)(\text{IGOzw} \equiv (\exists r')(\exists r'')(\exists z')(\text{ISPz} \cdot \text{NRIr}'z \cdot \text{NCPr}'z' \cdot (\text{ORGz}'z \vee \text{FUZz}'z) \cdot \text{IMPz}'r'' \cdot \text{FGOr}''))$$

D12.16 *Las ‘instituciones de garantía’ son las instituciones públicas cuyas normas de reconocimiento son las normas sobre la competencia de los órganos y de los funcionarios encargados del ejercicio de funciones de garantía.*

$$(z)(w)(IGAzw \equiv (\exists r')(\exists r'')(\exists z')(\exists p'z \cdot NRIr'z \cdot NCP'r'z \cdot (ORGz'z \vee FUZZ'z) \cdot IMPz'r'' \cdot FGAr''))$$

Naturalmente, los confines entre las dos clases de funciones y las correspondientes clases de instituciones pueden de hecho resultar inciertos, siendo siempre inciertos los confines entre voluntad y conocimiento, entre innovación y conservación, entre disposición y constatación, sobre cuya oposición he basado su distinción. En concreto, todas las funciones e instituciones públicas comparten, en alguna medida, estas opuestas connotaciones, resultando por tanto sólo predominante y tendencialmente de gobierno o de garantía. Pero esto no afecta a la idoneidad de nuestras distinciones para dar cuenta de las diferentes fuentes de legitimación de las dos clases de poderes, así como de los fundamentos de su interna división y de su recíproca separación.

En efecto, es evidente que las funciones de gobierno, precisamente porque se refieren a la esfera de lo decidible, es decir, a la valoración discrecional o política de los intereses generales, tienen su fundamento en la voluntad popular. Al contrario, las funciones de garantía, al pertenecer a la esfera vinculada de lo indecible, es necesario que estén vinculadas a la ley y, sobre todo, a la tutela de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. Resulta pues claro que la única fuente de legitimación de las funciones de gobierno es la representación política, que constituye mediación necesaria de la voluntad popular: concretamente, porque el arco de las opciones discrecionales en las que consiste su ejercicio equivale a los espacios legítimos de la política, el único criterio de opción legítimo, además de racional, es la voluntad directa o indirecta de la mayoría de gobierno. Pero del mismo modo es evidente que las funciones y las instituciones de garantía son antimayoritarias: porque deben garantizar igualmente los derechos fundamentales de todos; porque deben constatar y sancionar los actos inválidos o ilícitos de los titulares de los poderes públicos, que equivalen a los espacios ilegítimos de la política; porque, en fin, su fuente de legitimación no es la contingente voluntad popular, sino la voluntad popular que se expresa en la ley, y por tanto la «verdad jurídica» de los presupuestos de las decisiones que constituyen su ejercicio.

En suma, las dos fuentes de legitimación resultan opuestas. Son opuestas bajo cuatro aspectos, que explicaré analíticamente en el § 14.12. Aquí me limitaré a subrayar el que acaso resulta más importante. Retomando la conocida fórmula hobbesiana, diremos que *auctoritas non veritas facit legem*: la autoridad políticamente legítima es la fuente de legitimación de la actividad legislativa y de gobierno. Y, en democracia, esta autoridad es la voluntad popular, tal y como se expresa mediante la elección política de los representantes y el principio de mayoría. A la inversa, la fuente de legitimación de la función judicial y de las demás funciones de garantía es la verdad: *veritas non auctoritas facit iudicium*, ya que lo que hace justa o injusta una decisión judicial es sólo su aceptabilidad como verdadera,

lo que a su vez depende de la correcta aplicación sustancial de la ley, único vehículo a través del que se produce la mediación entre jurisdicción y voluntad popular. Por eso, toda dependencia o condicionamiento de tipo mayoritario de las funciones de garantía equivale a una indebida interferencia: porque tales funciones están instituidas para la tutela de los derechos de todos. Pero justamente porque diseñadas para la tutela de todos, estas funciones, aunque antimayoritarias, son «democráticas», en un sentido distinto pero no menos rico en significado de cuanto lo sean las funciones de gobierno legitimadas por la representación, de las que deben ser separadas: en el sentido de que, siendo garantía para todos, dichas funciones se refieren al pueblo entero, no ya como representación de su mayoría, sino como conjunto de todas las personas que lo componen¹⁷. Naturalmente ambas formas de legitimación son relativas y convencionales. Se conviene en aceptar como «verdadera» la motivación de la sentencia emanada en el respeto a todas las garantías jurisdiccionales que son justamente, como se verá en el § 15.14, garantías de la correcta constatación de lo verdadero, bien que esta resulte siempre una tarea relativa y aproximada. Pero no menos relativa, como se verá en los §§ 14.3 y 14.5, resulta la legitimación representativa, que es también el fruto de una convención: la asunción como voluntad del pueblo de aquello que decide la mayoría de sus representantes. En ambos casos nos encontramos frente a una *legitimación imperfecta*, esté basada sobre la idea de la «verdad» o sobre la idea de la *vox populi*.

A partir de esta bipartición de las funciones públicas en las dos clases de funciones de gobierno y de garantía, así como de la diferenciación de sus fuentes de legitimación, es posible replantear tanto el problema de la división del poder como el de la separación de poderes. La *división* preside —o, si se prefiere, está justificado que presida— la organización de cualquier poder: desde los poderes de gobierno, legislativo y ejecutivo, hasta los de garantía, comenzando por el poder judicial. Puede ser una división orgánica, como la que en los sistemas parlamentarios caracteriza a las relaciones entre gobierno y parlamento. Pero es sobre todo, y de uno u otro modo, una división funcional, que se manifiesta en la forma del *procedimiento* —legislativo, administrativo y jurisdiccional— que caracteriza a todos los actos de ejercicio de los poderes públicos y comporta la participación de varios órganos, algunos con funciones decisoriales y otros con funciones de control, tanto de mérito como de legitimidad. La propia forma colegial de gran parte de los órganos titulares de funciones públicas es una forma de división funcional, en cuya virtud la decisión colectiva del órgano es la suma de tantos actos instrumentales de voto cuantos son los miembros del colegio.

La *separación* preside en cambio las funciones de garantía con respecto a las de gobierno. Si el fin de la división del poder, sobre todo de la funcional, es el *control* sobre el mérito o sobre la legitimidad de su ejercicio, el objetivo de la separación es al contrario la garantía de la *independencia* y de la imparcialidad. El caso más típico e importante es el

de la separación entre el poder judicial y los poderes de gobierno. Pero lo mismo se debe decir de otras muchas funciones de garantía, desde las funciones administrativas de garantía primaria, como las que desarrollan instituciones educativas, sanitarias, de previsión e inspección, hasta las funciones de garantía que se han multiplicado en estos últimos años atribuidas a *authorities* independientes, especializadas en materias que a menudo exigen competencias técnicas.

En todos estos casos el fundamento axiológico de la separación de las funciones de garantía, tanto primaria como secundaria, con respecto a las funciones de gobierno está conectado a la diferenciación ya comentada de las fuentes de legitimación de las dos clases de funciones. A diferencia de lo que sucede con la función de gobierno, basada en la representación política y en el principio de mayoría, la fuente de legitimación de la función de garantía es la rígida sujeción a la ley: esto es, un principio de legalidad reforzado, como *estricta legalidad* o *legalidad sustancial*, bajo cuyo imperio los contenidos de su ejercicio están no simplemente limitados por la ley, sino predispuestos por ella y en ella subsumidos (D9.39, T9.260, T9.264). En virtud de esta legalidad estricta o sustancial, tal ejercicio consiste no ya en el simple respeto, sino en la *aplicación sustancial* de la ley (D12.12) en garantía de la igualdad y de los derechos de todos y de cada uno, y por tanto en la «verdad» bien que relativa de sus presupuestos, cuya constatación no reposa sobre la oportunidad, y menos aún, sobre directivas superiores, sino sólo sobre el sistema de garantías orientadas a asegurar su corrección, entre ellas la independencia de juicio. Lo que no excluye que las funciones de garantía estén internamente divididas, siquiera sólo en sentido funcional: el proceso jurisdiccional, por ejemplo, con su articulación en varias fases y grados y con la composición colegiada de los tribunales juzgadores, es seguramente la más típica forma de procedimiento y por tanto de división del poder.

Por otra parte, también las instituciones de garantía, al igual que las funciones de garantía, pueden ser diferenciadas en dos grandes clases: las '*instituciones de garantía primaria*' y las '*instituciones de garantía secundaria*', según cuál sea la naturaleza de las funciones de garantía encomendadas, primarias o secundarias.

D12.17 *Las 'instituciones de garantía primaria' son las instituciones de garantía cuyas normas de reconocimiento son las normas sobre la competencia de los órganos y de los funcionarios encargados del ejercicio de funciones de garantía primaria.*

$$(z)(w)(IGPz \equiv (\exists r')(\exists r'')(\exists z')(IGA_z \cdot NRIr'z \cdot NCPr'z \cdot (ORGz'z \vee FUZZ'z) \cdot IMPz'r'' \cdot FGPr''))$$

D12.18 *Las 'instituciones de garantía secundaria' son las instituciones de garantía cuyas normas de reconocimiento son las normas sobre la competencia de los*

órganos y de los funcionarios encargados del ejercicio de funciones de garantía secundaria.

$(z)(w)(IGSzw \equiv (\exists r')(\exists r'')(\exists z')(IGA_z \cdot NRIr'z \cdot NCP'r'z \cdot (ORGz'z \vee FUZZ'z) \cdot IMPz'r'' \cdot FGSr''))$

Como se verá en la parte cuarta, se trata de una distinción fundamental en orden al análisis de la estructura institucional de la democracia constitucional. En efecto, los principales problemas de ineffectividad estructural (D10.53-D10.55) de los derechos fundamentales, y en particular de los derechos sociales, generados por la ausencia de las respectivas garantías, provienen de la ausencia de las correspondientes instituciones de garantía. Son éstas las instituciones que ante todo deben instituirse o reforzarse, en el plano del derecho interno y, sobre todo, del derecho internacional: en primer lugar, las instituciones de garantía primaria, como las escuelas, los hospitales, las entidades de asistencia y previsión, las instituciones de seguridad pública y similares; en segundo lugar, las instituciones de garantía secundaria, es decir, las jurisdicciones idóneas para solventar, de forma específica o en todo caso reparadora, los incumplimientos y disfunciones de las instituciones de garantía primaria.

12.8. *La jurisdicción. Cuatro características estructurales*

La más clásica e importante de las funciones de garantía es ciertamente la jurisdiccional, que desarrolla un papel central en la vida del derecho como función de garantía secundaria. En efecto, se trata de una función pública cuya previsión y organización pertenecen a la que más adelante llamaré «dimensión formal» de la democracia constitucional, pero que al propio tiempo, al consistir en la garantía secundaria de los derechos fundamentales en ella establecidos, es el principal factor de la efectividad de la que llamaré su «dimensión sustancial».

Ahora es posible formular una definición suficientemente explicativa de la jurisdicción. Disponemos en efecto de todos los conceptos necesarios: función judicial, garantía secundaria, constatación, anulabilidad y anulación de actos inválidos, responsabilidad, condena y sanción de actos ilícitos y, por otra parte, aplicación formal y sustancial, conformidad y subsunción, interpretación operativa y prueba. Sabemos además que la función judicial consiste en la garantía secundaria de la anulabilidad de los actos inválidos y de la responsabilidad por los actos ilícitos (D11.44, T11.173), o sea, en la obligación atribuida a los jueces de pronunciar la nulidad de los primeros y la condena por los segundos (T11.167). Por tanto, podemos identificar la jurisdicción con el ejercicio de tales funciones. Concretamente, cabe definirla como el ejercicio de la función judicial que, si constata un acto inválido o un acto ilícito, consiste en la

anulación del primero o en la condena del segundo en aplicación, como normas secundarias sobre su producción, de las propias normas violadas.

D12.19 '*Acto de jurisdicción*' es el acto preceptivo que, en el ejercicio de la función judicial, cuando constata la inobservancia de una norma primaria, pronuncia la anulación o la condena aplicando las normas violadas como normas sustantivas sobre su producción.

$$(x'')(x')(GIUx''x' \equiv (\exists y'')(\exists y')(APRx''y'' \cdot ATZx''y' \cdot FUGy' \cdot (r)((ACCx''x' \cdot IOSx'r \cdot NOPr) \rightarrow ((ANNx''x' \vee CONx''x') \cdot APSx''r \cdot NDERx' \cdot NSOrx''))))$$

Esta compleja definición configura a la jurisdicción como una actividad que tiene por objeto otra actividad: como un acto sobre un acto, o si se quiere, como un meta-acto cuyo acto-objeto es siempre un acto inválido o un acto ilícito, o sea, la inobservancia de una norma primaria (T10.249). Dicha definición nos dice cuatro cosas, correspondientes a cuatro características de la jurisdicción sobre las que volveré en el § 14.12 dedicado a sus fundamentos axiológicos.

En primer lugar, la definición afirma que la jurisdicción consiste en el ejercicio de la función judicial (T12.55), es decir, de una función de garantía secundaria (T12.56); que concretamente es siempre la actuación de una garantía secundaria (T12.57) consistente en la garantía de la anulabilidad de los actos inválidos o de la responsabilidad por los actos ilícitos (T12.58) objeto del juicio.

T12.55 $(x'')(x')(GIUx''x' \rightarrow (\exists y'')(ATZx''y' \cdot FGAY \cdot FUGy'))$ D12.19, T12.52
 T12.56 $(x'')(x')(GIUx''x' \rightarrow (\exists y'')(ATZx''y' \cdot FGsy'))$ T12.55, T11.171, D12.14
 T12.57 $(x'')(x')(GIUx''x' \rightarrow (\exists y'')(\exists y')(ATZx''y' \cdot GASy'y''))$ T12.55, T11.171
 T12.58 $(x'')(x')(GIUx''x' \rightarrow (\exists y'')(\exists y')(ATZx''y' \cdot GASy'y' \cdot (\exists x)((ANBy''x \cdot INVx) \vee (RESy''x \cdot ILLx))))$

T12.57, T10.203, T9.228, T10.195

La segunda característica de la jurisdicción identificada por nuestra definición es que consiste siempre en una 'constatación'. El juicio es en efecto el acto preceptivo que, si constata un acto inválido o un acto ilícito —o sea, la inobservancia de una norma primaria (T10.246)— pronuncia su anulación o la condena (T12.59, T12.60). Es pues, al menos en su modelo teórico, un acto declarativo o cognitivo: constatación y anulación de un acto inválido o constatación y condena de un acto ilícito, o no constatación ni de lo uno ni de lo otro (T12.61). Por consiguiente son juicios tanto el ejercicio de la función judicial que, constatando un acto inválido o un acto ilícito, pronuncia su anulación o su condena en aplicación de las normas violadas (T12.62), como el ejercicio de la misma función que no constata ningún acto inválido o ilícito (T12.63). En todo caso 'jurisdicción', en su modelo teórico, significa *ius-dicere*, o sea, *iuris-dictio*. El juicio califica los hechos jurídicamente, constatando tanto los hechos como sus *nomina iuris* y aplicando a los primeros los

segundos. Ésta es la naturaleza de la aplicación sustancial y de la subsunción: constatación de actos ilícitos o de actos inválidos, o sea, de la inobservancia de las normas primarias que los prohíben (T10.246, T12.66), en simultaneidad con la constatación de la responsabilidad por los primeros (T12.64) y de la anulabilidad de los segundos (T12.65). De aquí se deriva un nexo de implicación entre la *prueba* del acto ilícito o del acto inválido al que es aplicada la norma y la *interpretación operativa* de las normas violadas (T12.67). En efecto, el juicio es prueba del hecho al que se aplica la norma y conjuntamente interpretación operativa de la norma aplicada al hecho: es prueba del acto al que es aplicada la norma violada (T12.68) si es al propio tiempo interpretación operativa de la norma de la que el acto probado es inobservancia (T12.69); y es interpretación operativa de la norma violada si es al mismo tiempo prueba del acto que de dicha norma es inobservancia (T12.70).

- T12.59 $(x'')(x')(GIUx"x' \rightarrow ((\exists y'')APRx"y'' \cdot ((ACCx"x' \cdot (INVx' \vee ILLx')) \rightarrow ((ANNx"x' \cdot INVx') \vee (CONx"x' \cdot ILLx'))))))$
D12.19, T10.246, T9.227, T10.197
- T12.60 $(x'')(x')(GIUx"x' \rightarrow ((\exists y'')APRx"y'' \cdot ((ACCx"x' \cdot (\exists r)(IOSx'r \cdot NOPrx')) \rightarrow ((ANNx"x' \cdot INVx') \vee (CONx"x' \cdot ILLx'))))))$
T12.59, T10.246
- T12.61 $(x'')(x')(GIUx"x' \rightarrow ((\exists y'')APRx"y'' \cdot ((ACCx"x' \cdot ((ANNx"x' \cdot INVx') \vee (CONx"x' \cdot ILLx')) \vee \neg (ACCx"x' \cdot (INVx' \vee ILLx'))))))$
T12.59
- T12.62 $(x'')(y'')(y')(x)((APRx"y'' \cdot ATZx"y' \cdot FUGy' \cdot ACCx"x' \cdot ((ANNx"x' \cdot INVx') \vee (CONx"x' \cdot ILLx')) \cdot (r)(APsx"r \cdot NDERx' \cdot NSOrx')) \rightarrow GIUx"x')$
D12.19
- T12.63 $(x'')(y'')(y')(x)((APRx"y'' \cdot ATZx"y' \cdot FUGy' \cdot \neg (\exists r)(ACCx"x' \cdot IOSx'r \cdot NOPr)) \rightarrow GIUx"x')$
D12.19
- T12.64 $(x'')(r)(x)((ACCx"r \cdot RESrx') \rightarrow (ACCx"x' \cdot ILLx' \cdot CAUx'r))$
T6.111, T9.190, T10.195
- T12.65 $(x'')(r)(x)((ACCx"r \cdot ANBrx') \rightarrow (ACCx"x' \cdot INVx' \cdot CAUx'r))$
T6.111, T9.190, T9.228
- T12.66 $(x'')(x)((ACCx"x' \cdot (ILLx' \vee INVx')) \rightarrow (\exists r)(ACCx"r \cdot MODrx' \cdot DIVrx'))$
T6.108, T5.16, T9.190, D2.5
- T12.67 $(x'')(x)((PRVx"x' \cdot (ILLx' \vee INVx')) \rightarrow (\exists r)(ACCx"r \cdot INPx"r \cdot SITr \cdot DIVrx' \cdot INOx'r))$
T12.66, D6.5, D2.7, T9.190, T6.22, D2.10, T6.118, T5.16
- T12.68 $(x'')(x')(GIUx"x' \rightarrow (r)((ACCx"x' \cdot IOSx'r \cdot NOPr \cdot (INVx' \vee ILLx')) \rightarrow (PRVx"x' \cdot NDERx' \cdot APSx"r \cdot NSOrx' \cdot (ANNx"x' \vee CONx"x'))))$
D12.19, D6.5, T9.190, T5.16
- T12.69 $(x'')(x')(GIUx"x' \rightarrow ((ACCx"x' \cdot INPx"r \cdot IOSx'r \cdot NOPr \cdot (INVx' \vee ILLx')) \rightarrow (PRVx"x' \cdot NDERx' \cdot APSx"r \cdot NSOrx' \cdot (ANNx"x' \vee CONx"x'))))$
T12.68
- T12.70 $(x'')(x')(GIUx"x' \rightarrow ((PRVx"x' \cdot (\exists r)(IOSx'r \cdot NOPrx')) \rightarrow (\exists r)(INPx"r \cdot SITr \cdot DIVrx' \cdot (ILLx' \vee INVx') \cdot INOx'r)))$
T12.67, T10.246

La tercera característica expresada por nuestra definición es que la jurisdicción consiste siempre en la aplicación de normas secundarias a la inobservancia constatada de normas primarias (T12.71). Concretamen-

te, ésta es la actividad preceptiva que, en el ejercicio de la función judicial, cuando constata la inobservancia de una norma primaria, o sea, un acto inválido o un acto ilícito (T10.246), pronuncia la anulación del primero o la condena del segundo aplicando las correspondientes normas secundarias (T12.72). Así es como el juicio conecta las normas primarias a las normas secundarias: constatando la inobservancia de las primeras, aplica a ésta las segundas pronunciando su anulación o la condena.

T12.71 $(x'')(x')(GIUx''x' \rightarrow ((\exists r')(ACCx''x' \cdot IOSx'r' \cdot NOPr'x') \rightarrow (\exists r'')(APLx''r'' \cdot NOSr''x'')))$

T12.59, T10.246, D10.42, D9.33, D10.34, T9.71, T9.82, T9.242

T12.72 $(x'')(x')(GIUx''x' \rightarrow ((\exists y'')(APRx''y'' \cdot ((\exists r')(ACCx''x' \cdot IOSx'r' \cdot NOPr'x') \rightarrow (\exists r'')(APLx''r'' \cdot NOSr''x'' \cdot ((ANNx''x' \cdot INVx'') \vee (CONx''x' \cdot ILLx''))))))$

T12.59, T10.246, T12.71

En fin, la cuarta característica es que la jurisdicción consiste siempre en la aplicación, como normas sustantivas sobre su producción, de las mismas normas cuya inobservancia constata, o sea, la realización de actos inválidos o ilícitos (T12.73). Pero la jurisdicción, como acaba de decirse al explicar la tercera característica, es también aplicación de las correspondientes normas secundarias a la inobservancia de las normas primarias. Diremos por tanto que el juicio supone la aplicación simultánea, como normas sustantivas sobre su producción, de las normas primarias violadas por los actos inválidos o ilícitos constatados y, como normas formales, de las respectivas normas secundarias que para tales actos prevén la anulación o la condena (T12.74, T12.75). Por ejemplo, si las normas formales sobre la producción de una sentencia penal de condena son las normas del código de procedimiento penal, las normas sustantivas son las normas del código penal que tipifican los delitos cuya comisión se constata. Se confirma así, también bajo este aspecto, que la constatación jurisdiccional es conjuntamente constatación o prueba del hecho normativamente previsto y constatación o interpretación operativa de su significado.

T12.73 $(x'')(x')(GIUx''x' \rightarrow ((ACCx''x' \cdot (ILLx' \vee INVx'')) \rightarrow (\exists r')(APSx''r' \cdot NDErx' \cdot IOSx'r' \cdot NSOrx'')))$

D12.19, T10.246

T12.74 $(x'')(x')(GIUx''x' \rightarrow (r)((ACCx''x' \cdot IOSx'r' \cdot NOPr'x') \rightarrow (APSx''r' \cdot NDErx' \cdot NSOrx'')))$

D12.19

T12.75 $(x'')(x')(GIUx''x' \rightarrow ((ACCx''x' \cdot (INVx' \vee ILLx'')) \rightarrow (\exists r')(\exists r'')(APSx''r' \cdot NSOr'x'' \cdot NOPr'x' \cdot IOSx'r' \cdot APLx''r'' \cdot NFor''x'' \cdot NOSr''x'' \cdot (ANNx''x' \vee CONx''x''))))$

T12.59, T12.73, D10.42, D10.41, D9.33, D10.34, T9.71, T9.82, T9.242

Así pues, en la jurisdicción se produce un fenómeno singular. Cualquier norma, incluso en el momento en que resulta violada por un acto inválido, o por un acto ilícito, aunque en relación con éstos tenga el carácter de norma formal, tética o primaria, en lo que hace a la cons-

tatación jurisdiccional de su inobservancia, cobra siempre el relieve de norma sustancial, hipotética y secundaria aplicada a los actos inválidos o ilícitos constatados. En efecto, también las normas formales en el momento en que resulta constatada su inobservancia, operan como normas sustantivas de su aplicación jurisdiccional (T12.76). De igual forma, las normas téticas en el momento en que es constatada su inobservancia, se manifiestan como normas hipotéticas sobre la producción del acto de su aplicación (T12.77). Y asimismo las normas primarias, en el acto de constatación jurisdiccional de su inobservancia, se manifiestan como normas secundarias respecto de su aplicación (T12.78). Por ejemplo, la norma sobre la forma escrita de la compraventa de bienes inmuebles es una norma formal sobre la producción de los contratos de compraventa, pero en el momento de la constatación de su inobservancia se manifiesta como norma sustantiva sobre la producción de la sentencia que la aplica. Análogamente, la norma que configura el delito de homicidio es una norma tética respecto del homicidio, pero es una norma hipotética en relación con la sentencia de condena que constata el homicidio. En fin, esta misma norma, que es una norma primaria respecto del homicidio, es una norma secundaria en relación con el acto jurisdiccional de constatación por el que es aplicada al homicidio.

T12.76 (r)(x')(NFORx' → (x'')((IOSx'r · NOPr · ACCx"x' · GIUx"x') → (APSx'r · NDERx' · NSORx''')) D12.19

T12.77 (r)(x')(NTERx' → (x'')((IOSx'r · NOPr · ACCx"x' · GIUx"x') → (APSx'r · NSORx'' · NIPr · NDERx''')) T12.74, D9.12, D8.5, T8.25, T9.60

T12.78 (r)(x')(NOPrx' → (x'')((IOSx'r · NIPr · ACCx"x' · GIUx"x') → (APSx'r · NSORx'' · NIPr · NOSrx'' · NDERx''')) T12.74, D9.12, D8.5, T8.25, T9.77, T9.60, T12.59, D10.42, D10.41

Aunque en parte ya anticipada en los capítulos precedentes, queda así demostrada la tesis de la relatividad contextual de tres de nuestras más importantes distinciones; una tesis de enorme relevancia que ahora se clarifica a la luz del papel desempeñado por la jurisdicción: la distinción entre normas formales y sustantivas, entre normas téticas e hipotéticas y entre normas primarias y secundarias.

La relatividad de la distinción entre normas formales y normas sustantivas es el reflejo de la relatividad ya explicada de las nociones de forma y sustancia. Todas las normas formales, si resulta constatada su inobservancia como normas primarias, son normas sustantivas sobre la producción de los pronunciamientos de anulación de los actos inválidos en los que su inobservancia consiste (T12.76)¹⁸. Por ejemplo, como se ha visto, las normas sobre el proceso de formación de un contrato, de una ley o de una sentencia, si resultan violadas, vienen consideradas, en el momento de la constatación jurisdiccional de su inobservancia, como normas sustantivas sobre la producción del acto que es su aplicación y que en ellas subsume los vicios de los actos inválidos que constituyen sus inobservancias.

Cabe hacer un discurso análogo a propósito de las relaciones entre normas téticas y normas hipotéticas. Una norma no es tética o hipotética por naturaleza sino, como se dijo en la tesis T9.91 y antes al final del § 8.3, será tética o hipotética según el acto que tiene por objeto. Por ejemplo, las normas que adscriben derechos fundamentales, si se las considera justamente como derechos fundamentales, son normas téticas en relación con los actos que constituyen su ejercicio, violación o satisfacción; pero son normas hipotéticas si se las considera como normas sustantivas sobre la producción de las leyes vinculadas a su respeto, o de las sentencias, las de un Tribunal Constitucional, por ejemplo, que tienen que aplicarlas a los actos inválidos que implican su violación. Del mismo modo, las prohibiciones penales son normas téticas en relación con los delitos; pero son normas hipotéticas en relación con la jurisdicción penal, que consiste, precisamente, en la subsunción en ellas de los delitos constatados. En suma, todas las normas téticas se convierten en normas hipotéticas en el momento de su respeto o de su aplicación jurisdiccional, en relación con los cuales operan además como normas sustantivas sobre su producción (T12.77).

En fin, la misma metamorfosis se produce en las relaciones entre normas primarias y normas secundarias. Se ha visto que las normas primarias, si son violadas, se manifiestan, en el acto de constatación jurisdiccional de su inobservancia, como normas secundarias respecto del acto jurisdiccional mediante el que resultan aplicadas (T12.78). De otro lado, también una norma secundaria puede ser violada, por ejemplo, por una sentencia inválida por vicios de forma o de sustancia; en tal caso, como ya se hizo ver con la tesis T10.250, dicha norma se manifiesta como norma primaria, cuya inobservancia reclama a su vez la aplicación de otra norma secundaria.

Volveré en el capítulo XIV sobre la jurisdicción y sobre su papel de garantía secundaria. Aquí me limito a llamar la atención sobre una tercera dimensión cognitiva, de ninguna manera formalizable. La jurisdicción no es sólo interpretación operativa y prueba, con los inevitables márgenes de opinabilidad de la primera y de probabilidad de la segunda. Es además comprensión equitativa del hecho constatado, es decir, de sus concretas e irrepetibles peculiaridades, que obviamente ninguna norma puede prever. De aquí un tercer espacio de la discrecionalidad del juicio, que se añade a los de la interpretación de las normas y valoración de la prueba y que justifica, como se verá a su tiempo, la independencia¹⁹.

12.9. *Paz y derechos vitales*

En los párrafos precedentes y en orden a la definición de ‘constitución’, he definido y analizado las tres condiciones formales de su democracia: la representación política, la división y la separación de

poderes. Definiré ahora otras dos nociones —la paz y los derechos vitales— que, como se dijo al final del § 12.4, serán añadidas, como otros tantos principios o condiciones sustanciales de democraticidad, en la parte condicionada y normativa de la definición de ‘constitución’.

Ya he hablado del principio de la paz en el § 8.14, al introducir el último postulado de la teoría (P16) relativo al monopolio jurídico de la fuerza y a la legitimidad de su empleo sólo en las formas y circunstancias previstas y reguladas por normas hipotético-deónticas (T8.118-T8.120). Este principio, aun cuando exprese la expectativa negativa del no uso desregulado de la fuerza, en el que es para mí el criterio de demarcación entre derecho y no derecho, no es, sin embargo, suficiente para definir el concepto de paz. Para ello es necesario integrarlo, viendo en él no sólo la garantía primaria en la prohibición del uso desregulado de la fuerza, sino también la garantía secundaria consistente en la limitación del uso de la misma, en la forma y con las condiciones normativamente previstas, exclusivamente a los casos en los que tal prohibición es violada: concretamente, a los casos en que el uso de la fuerza está previsto por normas hipotético-deónticas como actuación de una obligación y de la correlativa expectativa generadas por un acto ilícito, bajo la forma de las sanciones y de las medidas de policía dispuestas al respecto.

D12.20 *‘Paz’ es la expectativa del no uso desregulado y ofensivo de la fuerza, garantizada en vía primaria por la correspondiente prohibición y, en vía secundaria, por la obligación, efecto de su ilícita violación, de un uso de la fuerza predispuerto por específicas normas hipotético-deónticas.*

$$(y)(\text{PACy} \equiv \text{M}(\exists x')(\exists x'')(\exists y')(\exists y'')(\exists r)(\text{ASPy}\perp x' \cdot \text{FZAx}' \cdot \text{LESx}' \cdot \\ \neg (\exists r')\text{NDERx}' \cdot \text{GAPy'y} \cdot \text{DIVy"x'} \cdot \text{GASy"y} \cdot \text{ASPyx"} \cdot \text{OBLy"x"} \cdot \\ \text{EFFy"x'} \cdot \text{ILLx'} \cdot \text{FZAx"} \cdot \text{NIPr} \cdot \text{NDERx"} \cdot \text{REGry"x"}))$$

La paz es pues la expectativa de ausencia de violencia desregulada. Como se dijo en el postulado P16, consiste en la expectativa del solo uso de la fuerza jurídicamente regulado y por tanto del monopolio jurídico de la fuerza (T12.79). Y requiere en consecuencia la garantía primaria y secundaria de dicho monopolio a través de dos imperativos, que, cabe decir, son los principios constitutivos del derecho como ordenamiento: *a)* la prohibición, en general, de la fuerza desregulada, es decir, de la guerra y del crimen, y *b)* la obligación del uso de la fuerza sólo en los casos en que esté normativamente previsto como respuesta, regulada y limitada, frente a un acto ilícito (T12.80).

$$\text{T12.79 } (y')(\text{PACy}' \rightarrow ((\text{ASPy"x"} \cdot \text{FZAx"}) \rightarrow (\exists r)(\exists y'')(\exists x')(\text{REGrx"} \cdot \\ \text{REGry"} \cdot \text{MODy"x"} \cdot \text{CAUx'r}))) \quad \text{P16, P3, T1.1}$$

$$\text{T12.80 } (y)(\text{PACy} \rightarrow \text{M}(\exists x')(\exists x'')(\exists y')(\exists y'')(\exists r)(\text{GAPy'y} \cdot \text{DIVy"x'} \cdot \\ \text{FZAx}' \cdot \neg (\exists r')\text{NDERx}' \cdot \text{GASy"y} \cdot \text{OBLy"x"} \cdot \text{EFFy"x'} \cdot \text{ILLx'} \cdot \\ \text{FZAx"} \cdot \text{NIPr} \cdot \text{NDERx"} \cdot \text{REGry"x"})) \quad \text{D12.20}$$

El principio de la paz se precisa así como exclusión de la fuerza, y por tanto de la violencia, excepción hecha del uso de la fuerza que esté jurídicamente previsto y regulado como alternativa a la mayor violencia que se produciría en su ausencia. Cualquier otro uso de la fuerza queda excluido por la estipulación de la paz como principio jurídico. Es violación de la paz, obviamente, la guerra; lo es igualmente el uso criminal de la violencia; lo es, en fin, la punición arbitraria del inocente. De aquí el nexo de recíproca implicación entre la paz y el paradigma garantista del derecho penal mínimo, estatal e internacional, que expondré en los capítulos XV y XVI. Ya que dicho paradigma, precisamente porque garantiza la minimización de la violencia en la sociedad —tanto la violencia de las agresiones como la violencia de las reacciones informales frente a las mismas— es uno y el mismo que el paradigma de la paz. En efecto, al igual que éste, constituye la única alternativa a la guerra y en general a la violencia del más fuerte. Por ello, el principio vale por aquello que niega (en cuanto expectativa del no uso de la fuerza) y por lo que afirma (en cuanto expectativa de un uso regulado de la misma como sanción de un ilícito): porque también la impunidad de la violencia arbitraria, por ausencia o violación de la expectativa de la sanción, o peor aún la punición del inocente indican, no menos que la violencia ilícita, la quiebra del derecho, el regreso a la ley del más fuerte y a la lógica salvaje de la guerra²⁰.

De otro lado, la paz es el único criterio históricamente fundado de identificación de los derechos fundamentales merecedores de tutela en calidad de ‘vitales’. Éste es el último requisito o condición que formularé en la definición de ‘constitución democrática’. Es claro que a tal fin no es suficiente remitirse a los derechos fundamentales en el sentido indicado en la definición D11.1 del capítulo XI. De acuerdo con dicha definición son fundamentales, cualquiera que sea su objeto, todos los derechos atribuidos a clases de sujetos en forma universal. No bastaría, pues, estipular en la definición de ‘constitución’, como condición de su carácter ‘democrático’, que sus normas garanticen los derechos fundamentales en cuanto tales ¿Qué derechos fundamentales merecen ser estipulados y garantizados? Más precisamente, ¿cómo se identifican los derechos fundamentales cuya garantía representa una condición axiológica de la democracia constitucional o, si se prefiere, su razón social?

De los diversos criterios que pueden formularse para responder a esta pregunta²¹, el nexo entre derechos fundamentales y paz es, en mi opinión, el más simple y pertinente. Por dos razones. En primer lugar, porque permite definir los ‘derechos vitales’ sobre la base del término ‘paz’ recién definido, y por tanto del léxico de la teoría formal hasta aquí desarrollada. En segundo lugar, porque tiene en su haber una larga tradición filosófica y también una fundamentación jurídico-positiva. Son ‘vitales’ los derechos fundamentales cuya garantía es condición necesaria de la paz: en pocas palabras, los establecidos y tutelados *ne cives ad arma veniant*. Es sobre este nexo biunívoco de racionalidad instrumen-

tal entre paz y derechos vitales, una como condición de la garantía de los otros y viceversa, sobre el que Thomas Hobbes fundó, en los orígenes de la civilización moderna, la razón de todo el artificio jurídico: que se justifica, en tutela del derecho a la vida, como la única alternativa racional a la guerra de todos contra todos. Y es este mismo nexo el enunciado en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que comienza afirmando que «el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos, iguales e inalienables, constituye el fundamento de la libertad, de la justicia y de la *paz* en el mundo» y añade, para confirmar la implicación entre paz y derechos, que estos últimos deben ser «protegidos por normas jurídicas, si se quiere evitar que el hombre sea impulsado a recurrir, como última instancia, a la rebelión contra la tiranía y la opresión»²². Ya que la violación de tales derechos —en el plano histórico y fáctico, mucho antes que en el político y moral— genera y justifica no simplemente el disenso, como algo que está en la fisiología de todas las cuestiones políticas decibles, sino la desobediencia, la resistencia y, en último término, la guerra. Sobre cuestiones de vida y de supervivencia, en efecto, no se acepta quedar en minoría.

A partir de aquí podemos formular una noción de ‘derechos vitales’ que, aunque no nos diga cuáles son estos derechos, sin embargo está en condiciones de permitirnos reconocer los que, históricamente, han sido reivindicados y luego conquistados por luchas y revoluciones mediante un *nunca jamás* a su violación: ante todo, el hobbesiano derecho a la vida, después los derechos de libertad y propiedad, más tarde los derechos de asociación y reunión, finalmente los derechos de los trabajadores y los derechos sociales. Llamaré ‘*derechos vitales*’ a aquellos derechos fundamentales que son tales porque su violación compromete, directa o indirectamente, la paz y consiguientemente la vida de sus titulares.

D12.21 *Los ‘derechos vitales’ son los derechos fundamentales cuya garantía es necesaria para garantizar la paz.*

$(y'')(DVIy'' \equiv (DFOy'' \cdot (r)((\exists y')(GARry' \cdot PACy') \rightarrow GARry'')))$

Así pues, los derechos vitales se caracterizan a partir de dos connotaciones, conectadas entre sí: su carácter fundamental y por tanto universal y, conjuntamente, su papel de garantía de la paz. No se trata, pues, de cualquier universalidad. Universal, y por tanto fundamental, es también el «derecho de los ciudadanos a tener y portar armas», ciertamente no funcional para la paz y sin embargo previsto en la segunda enmienda de la Constitución estadounidense. Pero se trata de una universalidad ligada a la *indivisibilidad* de tales derechos como condiciones, además de la igualdad y de la democracia, también de la paz, y por tanto de la tutela del más débil contra la ley del más fuerte que

prevalecería en su ausencia. De ello es prueba el hecho de que si sometemos a análisis los derechos fundamentales recibidos de la tradición del constitucionalismo democrático, es fácil comprobar que casi todos están dotados de un universalismo por así decir intrínseco a la paz, en el sentido de que son derechos justificables como condiciones de la pacífica convivencia en cuanto han sido reivindicados para todos y luego conferidos y garantizados indistintamente a todos. Esto vale indudablemente para los derechos de libertad, desde la libertad de conciencia a la libertad de manifestación del pensamiento y a la libertad personal. Pero vale también para los derechos sociales a la subsistencia, que son más que nunca derechos del más débil que no toleran discriminaciones. Menos evidente ha sido durante mucho tiempo la universalidad de los derechos políticos y de los derechos civiles, de cuyo disfrute no por casualidad han sido prolongadamente discriminados mujeres, proletarios, analfabetos, en virtud de una antropología de la desigualdad que reconocía plena capacidad de entender, de querer y por tanto de obrar sólo a los varones instruidos y propietarios. Pero es claro que esos derechos son hoy la base y la forma, no sólo de la igualdad, sino también de la democracia política y civil.

Es en suma la fenomenología de su génesis histórica y de su defensa cotidiana lo que viene a confirmar este nexo axiológico entre los derechos fundamentales, por eso llamados ‘vitales’, y su indivisibilidad como condiciones de la paz. En efecto, tanto la conquista como la conservación de tales derechos remiten a una garantía por así decir extrajurídica, inmediatamente social, como es la expresada por el artículo 23 de la *Déclaration des droits*, que encabeza la Constitución francesa de 24 de junio de 1793: «La garantía social consiste en la acción de todos para asegurar a cada uno el disfrute y la conservación de sus derechos»²³. Lo demuestra el hecho de que todas las luchas por la conquista y después por la efectividad de tales derechos, aunque dirigidas por pequeñas minorías, han tenido siempre la forma de *reivindicaciones universales*. Hasta el punto de que en una pretensión colectiva expresada por un conflicto social cabe reconocer una reivindicación universal y por tanto democrática, y no meramente corporativa, cuando la misma vaya dirigida a conquistar o a defender un derecho no para algunos sino para todos. Y, al propio tiempo, se puede reconocer en un sujeto colectivo no jurídico un movimiento democrático, y no un *lobby*, un grupo de intereses o una corporación, cuando los sujetos que lo componen se hacen portadores de reivindicaciones universales.

En suma, este nexo entre derechos y paz no tiene nada de utópico ni de arbitrariamente normativo. Al contrario, es el fruto de una enseñanza de la experiencia y conjuntamente de la conciencia realista, que se renueva tras toda catástrofe de la historia, de que la garantía de los derechos de todos que históricamente vienen considerados como vitales es la única alternativa a un futuro de guerra, de violencia y de inseguridad para todos: en resumen, la alternativa al no-derecho. Así, en la

definición de ‘constitución’ que ya puede formularse, la paz, junto a los derechos fundamentales de cuya garantía depende la propia garantía de ella misma, será considerada la razón social que condiciona el carácter democrático de toda institución política y de la constitución misma. Y, por su parte, la constitución, en su noción axiológica, será considerada como pacto de convivencia orientado a garantizar la paz, condicionada a su vez, en democracia, a la igualdad resultante de la común titularidad de los derechos fundamentales —políticos, civiles, de libertad y sociales, según la división cuatripartita formulada en la tesis T11.73— en ella estipulados como vitales.

12.10. *La constitución. Una definición al tiempo estructural y axiológica*

A partir del sistema de conceptos del que ahora disponemos resulta finalmente posible elaborar un concepto de ‘constitución’ idóneo para expresar tanto la noción estructural, en referencia a su colocación en el vértice de la jerarquía de normas, como la noción axiológica en referencia a los contenidos normativos, a su vez formales y sustanciales, requeridos para su calificación como ‘democrática’. A tal fin articularé la definición de la constitución en dos partes, una estructural, válida para toda constitución, la otra axiológica, expresada a través de las condiciones contrafácticas estipuladas para la calificación de una constitución como ‘democrática’.

Según esta definición, ‘constitución’ será el estatuto de una institución política dotado de un mínimo de efectividad, cuyo acto institutivo es el acto constituyente y que —*en democracia*— encuentra: *a*) sus normas de reconocimiento de la esfera pública en las normas formales de competencia que disponen la división de los poderes, la representatividad política de las funciones de gobierno mediante el ejercicio de los derechos políticos, y la separación de estas últimas con respecto a las funciones de garantía; *b*) sus normas de reconocimiento de la esfera privada en las normas hipotéticas que confían al ejercicio de los derechos civiles la producción de las situaciones disponibles; *c*) su razón social en la garantía del conjunto de los derechos de libertad y de los derechos sociales convenidos como vitales por sus normas sustantivas²⁴. Añado que una tal cantidad de connotaciones, al requerir la referencia empírica al menos a tres tipos de cuestiones distintas —‘estatuto’, ‘institución’ y ‘normas’— hace necesario el uso del término ‘constitución’, único en la teoría, como predicado triádico en vez de monádico o diádico.

D12.22 ‘Constitución’ es el estatuto de una institución política consistente en un conjunto de normas sobre la producción dotadas de algún grado de efectividad, cuyo acto institutivo es el acto constituyente y que, en democracia, tiene: *a*) como normas de reconocimiento de la esfera pública la división de los poderes, la representatividad política de las funciones de gobierno a través del ejercicio de

los derechos políticos y la separación de estas últimas con respecto a las funciones de garantía, b) como normas de reconocimiento de la esfera privada la producción por obra del ejercicio de los derechos civiles de las situaciones disponibles a ella pertenecientes y c) como razón social la garantía de los derechos de libertad y de los derechos sociales estipulados como vitales por sus normas sustantivas.

(w)(z)(y)(CSTwzy \equiv ($\exists x$)(STTwz · ISPzw · INSwy · NPRy · ETT^{ny} · AISxz · ACTx · FONxw · (DEMw \rightarrow (($\exists r$)(NRIrw · SPUwy · (FPUy \rightarrow (NFOy · DVPr'y)) · (FGOy \rightarrow ($\exists x'$)($\exists x''$)($\exists y'$)(NFOy · RPPry · EFFyx' · VOZx'x'' · ESEx'y' · DPLy')) · (FGAy \rightarrow (NFOy · SEPr'y))) · ($\exists r$)(NRIrw · SPRwy · ($\exists x'$)($\exists y'$)(NIPry · REGrx' · SITy · DISy · EFFyx' · ESEx'y' · DCIy')) · ($\exists r$)(RASrw · GARry · LIBy · DVly · NSOy) · ($\exists r$)(RASrw · GARry · DSOy · DVly · NSOy))))))

La primera parte de esta compleja definición describe la *noción estructural* de 'constitución'. La constitución es el estatuto de una institución política que tiene como acto institutivo el acto constituyente (T12.81), ejercicio a su vez del poder constituyente (T12.36), y que consiste en el conjunto de las normas sobre la producción, tanto formales como sustantivas, establecido por este mismo acto (T12.82). En cuanto tal, cualesquiera que sean sus específicos contenidos —democráticos o antidemocráticos, liberales o no liberales, sociales o antisociales— prescribe, al igual que todos los estatutos, tanto las normas de reconocimiento de la institución política creada en su condición de ordenamiento, esto es, las normas de competencia relativas a las funciones públicas, como la razón social de la correlativa persona jurídica, es decir, las garantías de las situaciones que componen la esfera pública (T12.83, T12.84). Concretamente, sus normas de reconocimiento son las normas sobre la competencia de los órganos habilitados para aplicar sus normas formales (T12.85). Su razón social es la garantía de las expectativas, cualesquiera que sean, establecidas por sus normas sustantivas (T12.86).

T12.81 (w)(z)(y)(CSTwzy \rightarrow ($\exists x$)(STTwz · ISPzw · AISxz · ACTx)) D12.22

T12.82 (w)(z)(y)(CSTwzy \rightarrow ($\exists x$)(STTwz · ISPzw · INSwy · NPRy · (NFOy v NSOy) · FONxw · AISxz · ACTx)) D12.22, T9.86

T12.83 (w)(z)(y)(CSTwzy \rightarrow (STTwz · ISPzw · (($\exists r'$)(NRIr'z · ORDz) v ($\exists r''$)(RASr'z · SGGz)))) T12.81, D11.40, T8.110

T12.84 (w)(z)(y)(CSTwzy \rightarrow ($\exists r'$)($\exists r''$)($\exists z'$ ((ISPzw · NRIr'z · NCP'r'z · (ORGz'z v FUZZ'z) · IMPz'r'' · INSwr'' · FPUr'') v (RASr'z · GARr'r'' · SITr'' · SPUwr'')))) T12.81, D11.40, T11.136

T12.85 (w)(z)(y)(CSTwzy \rightarrow (r')((NRIr'z · ORDz) \equiv ($\exists r''$)(NCP'r'r'' · M($\exists x$)APLxr'' · NFOR'')) T12.81, T10.107

T12.86 (w)(z)(y)(CSTwzy \rightarrow (r')((RASr'z · PARz) \equiv ($\exists r''$)(GARr'r'' · NSOr' · ASPr'' · NSOr'')) T12.81, T10.108

Por tanto, al tener su fuente en el acto constituyente mediante el que se ejerce el poder constituyente (T12.87, T12.88), la constitución está situada en el vértice de la jerarquía de normas; sus normas, en efecto,

no están sometidas a ninguna norma supraordenada (T12.89), sino sólo al poder constituyente (T12.90), que, como sabemos, no es una norma (T12.8), es decir, una regla general y abstracta, sino un poder singular ejercido mediante un único acto, precisamente constituyente. Esto significa que la constitución es de grado supraordenado a cualquier otra norma del ordenamiento. En esto consiste justamente, como contenido estructural, su *rigidez*, o sea, el hecho de que no pueda ser alterada por normas subordinadas, si no en la forma y con los límites de la «revisión constitucional»²⁵ por ella misma establecidos. Por ello, bien podemos llamarla *norma fundamental* en relación con las otras normas del ordenamiento; a condición, sin embargo, de no entender esta expresión en el sentido kelseniano de norma «presupuesta tácitamente» al vértice del sistema²⁶, lugar ocupado en cambio por el poder constituyente. ‘Fundamental’ se dirá en cambio la constitución sólo porque originaria, aunque originada y positivamente fundada por el acto constituyente, y por tanto fundamento de la validez de las fuentes por ella instituidas y de la legitimidad de todas las demás normas del ordenamiento constituido; dado que su acto constituyente no es válido ni inválido (T12.41), carece de sentido hablar de legitimidad o ilegitimidad en relación con ella pues, como sabemos, una supone la validez y la otra la invalidez de los actos que son su causa (D9.26 y D9.27). De donde se desprende que la constitución, de modo no distinto a cuanto se ha visto para el poder constituyente (T12.5, T12.15, T12.16), comporta siempre un cierto grado de efectividad, como condición de la efectividad de todo el ordenamiento por ella fundado y por tanto de la existencia jurídica de las normas pertenecientes al mismo (T12.91)²⁷. Naturalmente todo esto no vale para las leyes constitucionales o de revisión constitucional, que son normas subordinadas a la constitución y por eso, como se dijo en el § 12.3, legítimas o ilegítimas según que sean válidos o inválidos los actos que las producen.

T12.87 (w)(z)(y)(CSTwzy \rightarrow ($\exists x$)(INSwy · NPRy · (NFOy v NSOy) · FONxw · ACTx · AISxz · ISPzw)) T12.82

T12.88 (w)(z)(r)(CSTwzr \rightarrow ($\exists x$)($\exists y$)(INSwr · NPRr · FONxw · ACTx · ESExy · POCy)) T12.87, T12.36

T12.89 (w)(z)(r)(CSTwzr \rightarrow ($\exists x$)(INSwr · NPRr · FONxw · ACTx · \neg ($\exists r0$)(NORr0 · REGr0x · REGr0w · GSOw0w))) T12.88, D8.2, D5.1, T12.34, T8.58

T12.90 (w)(z)(r)(CSTwzr \rightarrow ($\exists x$)($\exists y0$)(INSwr · NPRr · FONxw · ACTx · GSOy0w · POCy0)) T12.88, T12.36, D2.8, D8.2, T2.17, D5.4

T12.91 (w)(z)(y)(CSTwzy \rightarrow (INSwy · NPRy · ETTy)) D12.22

¿Pero cuáles son las normas de reconocimiento y la razón social estipuladas en la constitución para una determinada institución política? La primera parte de nuestra definición, al enunciar la noción solamente *estructural* de ‘constitución’, no responde ni puede responder a esta pregunta; cuyas respuestas, en sentido asertivo, pertenecen a las disciplinas

dogmáticas, y en sentido prescriptivo a una teoría normativa de la democracia. Pero la formulada en la segunda parte, *axiológica*, de nuestra definición es precisamente una teoría normativa de la democracia, en la que aparecen estipulados los contenidos de las normas de reconocimiento y de la razón social que se requieren como condiciones contrafácticas del carácter ‘democrático’ de una constitución.

Estos contenidos son esencialmente los indicados en el bien conocido artículo 16 de la *Déclaration* de 1789 —«toute société dans la quelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution»²⁸— con el añadido del carácter representativo del sistema político y de la producción de la esfera privada sobre la base de la autonomía individual. Diremos pues que una *constitución democrática* tiene como normas de reconocimiento la representación política, la división y la separación de los poderes instituidos por sus normas formales, así como la autodeterminación de las situaciones disponibles de la esfera privada; mientras que tiene como razón social la garantía de los derechos de libertad y de los derechos sociales estipulados como vitales por sus normas sustantivas (T12.92).

$$\begin{aligned} \text{T12.92 } (w)(z)(y)((\text{CSTwzy} \cdot \text{DEMw}) \rightarrow ((\exists r)(\text{NRIrw} \cdot \text{SPUwy} \cdot (\text{FPUy} \rightarrow \\ (\text{NFOy} \cdot \text{DVPr y})) \cdot (\text{FGOy} \rightarrow (\exists x')(\exists x'')(\exists y')(\text{NFOy} \cdot \text{RPPry} \cdot \\ \text{EFFyx}' \cdot \text{VOZx}'x'' \cdot \text{ESEX}'y' \cdot \text{DPLy}')) \cdot (\text{FGAy} \rightarrow (\text{NFOy} \cdot \text{SEPr y}))) \cdot \\ (\exists r)(\text{NRIr w} \cdot \text{SPRwy} \cdot (\exists x')(\exists y')(\text{NIPry} \cdot \text{REGrx}' \cdot \text{SITy} \cdot \text{DISy} \cdot \\ \text{EFFyx}' \cdot \text{ESEX}'y' \cdot \text{DCIy}')) \cdot (\exists r)(\text{RASrw} \cdot \text{GARry} \cdot \text{LIBy} \cdot \text{DVly} \cdot \\ \text{NSOy}) \cdot (\exists r)(\text{RASrw} \cdot \text{GARry} \cdot \text{DSOy} \cdot \text{DVly} \cdot \text{NSOy}))) \end{aligned} \quad \text{D12.22}$$

De aquí resulta una configuración de la democracia constitucional extremadamente compleja a causa de las múltiples características y condiciones requeridas: condiciones, por otra parte, estipuladas como necesarias pero no suficientes, dado que ‘democracia’ —aquí entendida entre otras cosas como concepto primitivo— es un *modelo límite*, del que no tendría sentido pretender proporcionar una definición completa. Una tal definición debería cuando menos incluir la plena efectividad de las condiciones normativas arriba enunciadas, lo que, como sabemos, es siempre y solamente una cuestión de grado (T8.91). No sólo. También cada una de las singulares características o requisitos formulados en nuestra definición D12.22 expresa un modelo límite. De hecho el funcionamiento de las instituciones y sus relaciones, incluso atendiendo sólo al plano normativo, se hallan lejos de tal modelo. No existe, por ejemplo, una separación entre funciones de gobierno y funciones de garantía en estado puro. La estructura institucional de todo sistema jurídico se configura como una *red* compleja de con-divisiones y separaciones, de interacciones y de incompatibilidades, de vínculos y controles y de recíprocas dependencias, independencias e interdependencias, que corresponde analizar a la dogmática jurídica. De otro lado, es puramente convencional y notablemente aproximativo, como se verá en el ca-

pítulo XIV, el carácter políticamente representativo de las funciones de gobierno. Otro tanto cabe decir del carácter cognitivo de las funciones de garantía sobre las que se fundamenta su separación e independencia de las funciones de gobierno. Y tanto menos puede hablarse de claras y efectivas garantías para todos los derechos fundamentales estipulados como vitales. Esto quiere decir que si asumimos como parámetro nuestra definición, deberemos siempre hablar, a propósito de los concretos ordenamientos, en vez de ‘democraticidad’, de *grado de democraticidad*, en referencia al grado de separación, de división y de representatividad de las funciones públicas, así como a la cantidad, a la calidad y al grado de efectividad de los derechos vitales constitucionalmente establecidos. En este conjunto de derechos es donde en todo caso puede identificarse la esfera pública en el sentido aquí definido (D11.36), diseñada y producida por las normas sustantivas de una constitución democrática (T12.93).

$$\begin{array}{l} \text{T12.93 } (w)(z)(y)((\text{CSTwzy} \cdot \text{DEMw}) \rightarrow (\text{SPUwy} \cdot \text{ISPzw} \cdot \text{INSwy} \cdot \text{DVIy} \cdot \\ \text{NSOy})) \end{array} \quad \text{T12.92, T12.81, D11.36}$$

Naturalmente bien puede suceder que una constitución no sea enteramente democrática. Por ejemplo las leyes «fundamentales» de la España franquista, como he recordado en el § 12.4, contenían entre las normas sustantivas el principio de la religión católica como religión de Estado y, entre las formales, la atribución al dictador de plenos poderes. Pero esto no quita valor a nuestra definición. Quiero decir que, por más que sean antidemocráticas, en cualquier institución política serán siempre ‘constitucionales’ las normas (acaso no escritas) sobre la producción normativa establecidas por el acto constituyente (T12.94). Simplemente, se dirán ‘no democráticas’ —en relación con las funciones de gobierno, la organización interna de las funciones públicas, las funciones de garantía, o bien los contenidos de sus normas sustantivas— tanto las constituciones cuyas normas de reconocimiento no requieren la representatividad política (T12.95) o la división (T12.96) o la separación de poderes (T12.97), como aquellas otras cuya razón social no consiste en la garantía de derechos vitales (T12.98).

$$\begin{array}{l} \text{T12.94 } (w)(z)(y)(x)(\text{STTwz} \cdot \text{ISPzw} \cdot \text{FONxw} \cdot \text{ACTx} \cdot \text{AISxz} \cdot \text{INSwy} \cdot \\ \text{NPRy} \cdot \text{ETT}^y \cdot \neg \text{DEMw}) \rightarrow \text{CSTwzy} \end{array} \quad \text{D12.22}$$

$$\begin{array}{l} \text{T12.95 } (w)(z)(y)((\text{CSTwzy} \cdot \neg (\exists r)(\text{NRIrw} \cdot \text{FGOy} \cdot \text{RPPry})) \rightarrow \\ \neg (\text{DEMw} \cdot \text{FGOy})) \end{array} \quad \text{T12.92}$$

$$\begin{array}{l} \text{T12.96 } (w)(z)(y)((\text{CSTwzy} \cdot \neg (\exists r)(\text{NRIrw} \cdot \text{FPUy} \cdot \text{DVPr y})) \rightarrow \\ \neg (\text{DEMw} \cdot \text{FPUy})) \end{array} \quad \text{T12.92}$$

$$\begin{array}{l} \text{T12.97 } (w)(z)(y)((\text{CSTwzy} \cdot \neg (\exists r)(\text{NRIrw} \cdot \text{FGAy} \cdot \text{SEPr y})) \rightarrow \\ \neg (\text{DEMw} \cdot \text{FGAy})) \end{array} \quad \text{T12.92}$$

$$\begin{array}{l} \text{T12.98 } (w)(z)(y)((\text{CSTwzy} \cdot \neg (\exists r)(\text{RASrz} \cdot \text{GARry} \cdot \text{DVIy})) \rightarrow \\ \neg (\text{DEMw} \cdot \text{NSOy})) \end{array} \quad \text{T12.92}$$

En suma, nuestra definición vale para todo sistema de derecho positivo: para los que carecen de una constitución rígida; para los dotados de una constitución en ningún sentido democrática, a quienes alcanza sólo la primera parte de la definición al no satisfacer ninguna de las condiciones contrafácticas de la democracia; en fin, para los dotados de una constitución en todo o en parte democrática, para quienes vale también, en todo o en parte, su segunda parte. Esa definición nos permite por tanto desarrollar el análisis de la constitución, que es un concepto clave tanto de la teoría del derecho como de la teoría de la democracia, articulándola en torno a varias cuestiones, distintas aunque conectadas entre sí.

Ante todo, en el próximo párrafo, examinaré la cuestión de la naturaleza de las instituciones constitucionales u originarias, es decir, de los particulares ordenamientos o, alternativamente, de las particulares personas jurídicas cuyo estatuto es la constitución. Luego identificaré sencillamente la noción de ‘democracia constitucional’ en la institución dotada de una constitución democrática según los contenidos arriba comentados. En los §§ 12.12 y 12.14 procederé al análisis de la estructura de la constitución expresada por la primera parte de su definición, explicando la jerarquía de las fuentes formales y de las normas que la misma está en condiciones de generar, así como las antinomias y las lagunas producidas por la inobservancia de las normas superiores por parte de las fuentes inferiores. En el 12.15 introduciré dentro de esa escala jerárquica también las fuentes informales, como son el acto constituyente en el vértice del sistema y las costumbres en su base.

Seguidamente analizaré los contenidos normativos expresados en la segunda parte de la definición de ‘constitución’ como condiciones de la calificación como ‘democrática’ de la respectiva institución. A su vez, en el § 12.16, articularé el análisis de estos contenidos en dos partes, la primera relativa a la dimensión formal, la otra a la dimensión sustancial de la democracia constitucional. El análisis de la dimensión formal tendrá por objeto las normas de reconocimiento dictadas por las normas formales de la constitución y consistentes, como se ha dicho, en la representación política, en la división y en la separación de poderes. El de la dimensión sustancial estará en cambio dirigido a la razón social establecida por sus normas sustantivas y consistente en la garantía de los derechos fundamentales estipulados como vitales, y consiguientemente de la paz. A partir de este sistema complejo de conceptos, será finalmente posible, en la parte cuarta, desarrollar analíticamente la entera teoría de la democracia constitucional, obviamente no ya formal ni formalizada.

12.11. *Instituciones constitucionales y democracia constitucional.* *Una teoría del estado de derecho sin Estado*

En los capítulos X y VIII se ha visto que todo estatuto identifica a su correspondiente institución considerándola, alternativamente, bajo dos as-

pectos: *a)* como *ordenamiento jurídico*, para el que establece las normas de reconocimiento, o sea, las normas que permiten reconocer todas las normas pertenecientes al mismo; *b)* como *sujeto artificial*, para el que establece la razón social, o sea, las normas que garantizan las expectativas para cuya satisfacción es instituido. A través de las *normas de reconocimiento* el estatuto identifica la estructura normativa de la institución, estableciendo los criterios de legitimación interna de las normas pertenecientes al ordenamiento individualizado. A través de la *razón social* determina su identidad, de acuerdo con los fines y los criterios de legitimación tanto interna como externa por ella misma establecidos.

Todo esto puede decirse tanto para los estatutos de las instituciones privadas como para los de las instituciones públicas. Y puede repetirse, en particular, para la constitución, que es también un estatuto: concretamente, el estatuto de aquella específica *institución política* (T12.81) —considerada como *ordenamiento* cuando no lo sea como sujeto jurídico (T12.99) y como *sujeto* o *persona* cuando no lo sea como ordenamiento (T12.100)— que llamaré '*constitucional*' en virtud del carácter constituyente, puesto que no subordinado a ningún otro acto, de su acto institutivo (T12.101).

$$\begin{array}{ll}
 \text{T12.99 } (w)(z)(y)(\text{CSTwzy} \rightarrow (\exists x)(\text{STTwz} \cdot \text{ISPzw} \cdot (\neg \text{SGGz} \rightarrow \text{ORDz}) \cdot \\
 \text{AISxz} \cdot \text{ACTx})) & \text{T12.82, D11.40, T8.114} \\
 \text{T12.100 } (w)(z)(y)(\text{CSTwzy} \rightarrow (\exists x)(\text{STTwz} \cdot \text{ISPzw} \cdot (\neg \text{ORDz} \rightarrow \text{SGGz}) \cdot \\
 \text{AISxz} \cdot \text{ACTx})) & \text{T12.99} \\
 \text{T12.101 } (w)(z)(y)(\text{CSTwzy} \rightarrow (\exists x1)(\text{STTwz} \cdot \text{ISPzw} \cdot (\neg \text{SGGz} \rightarrow \text{ORDz}) \cdot \\
 \text{AISx1z} \cdot \text{ACTx1} \cdot \neg (\exists x0)(\text{ATTx0} \cdot \text{GSOx0x1})) & \text{T12.100, T12.44}
 \end{array}$$

Estas tres entidades —la institución, el respectivo ordenamiento y el correspondiente sujeto— comparten pues el carácter *originario* y constitucional, bien que *originado* y por tanto positivo, que proviene de haber sido instituidas, al igual que la constitución, por el acto constituyente. Podremos llamar '*Estado*' a la institución política originaria que tiene su estatuto en una constitución, '*ordenamiento estatal*' al ordenamiento para el que ésta dicta las normas de reconocimiento y '*Estado-persona*' a la persona jurídica para la que se establece la razón social²⁹. Sin embargo, «Estado» es sólo el nombre que designa a la institución política originaria históricamente más importante, cuyas normas estatutarias no admiten, al menos en la forma clásica del estado soberano, normas de grado supraordenado. En este sentido cabe hablar, en sede dogmática, de «constitución» del Estado italiano, del Estado francés, del Estado español o similares. Pero este carácter originario reservado exclusivamente al Estado se encuentra unido, no menos que la soberanía estatal, a una determinada fase de desarrollo de las instituciones políticas que, como veremos en su momento, está hoy superada. Otras instituciones políticas —como la Unión Europea y la Organización de Naciones Unidas— se han situado entretanto junto a los Estados nacionales como igualmen-

te originarias y tendencialmente constitucionales. Por ello será correcto considerar el «Estado» como un término de la dogmática del derecho público, y no ya de la teoría del derecho, en la que será suficiente hablar de *institución política originaria* (D12.40).

En relación por ejemplo con el derecho positivo italiano, en sede *dogmática* diremos así que la Constitución de la República italiana de 1948 es el estatuto de esa particular institución política originaria que es el Estado italiano, para la que dicta de un lado las normas de reconocimiento en cuanto ordenamiento estatal, y de otro la razón social en cuanto Estado-persona. Las normas de reconocimiento del ordenamiento estatal italiano son estipuladas mediante las normas formales de la segunda parte de la Constitución, que regulan las formas representativas del poder legislativo, la división y la separación de los poderes supremos y la formas organizativas de las autonomías regionales, provinciales y municipales. La razón social del Estado italiano, que justifica y legitima su institución, es establecida por las normas sustantivas contenidas en la primera parte, que establecen el principio de la paz y los derechos fundamentales, individuales y sociales, imponiendo sus correspondientes garantías. Pero, en referencia al derecho internacional, diremos asimismo que la Carta de la ONU de 1945, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y los Pactos internacionales sobre derechos de 1966 forman en conjunto la constitución, si bien embrionaria, de las Naciones Unidas, estableciendo respectivamente las normas de reconocimiento a través de las normas formales sobre competencia de los órganos instituidos, y la razón social a través de los principios y de los derechos fundamentales de nivel supraestatal que vinculan por consiguiente tanto a la comunidad internacional en su conjunto como a los singulares Estados miembros, que frente a ella han dejado de ser soberanos.

En cambio, en sede de *teoría del derecho* sólo se puede decir que la institución política originaria producida por el acto constituyente —ya se asuma como referente empírico a los Estados, o bien a formaciones más amplias como la Unión Europea o la Organización de Naciones Unidas— es una institución caracterizada, como todas las demás, por su artificialidad y, a diferencia de todas las demás, por su carácter originario. En efecto, al igual que la constitución que es su estatuto (T12.81), es *originada* porque producida, justamente, por un acto constituyente (T12.102), y al mismo tiempo *originaria* al no existir actos supraordenados al mismo (T12.103). Su carácter originado la distingue, como institución política moderna, de las formaciones jurídicas premodernas, carentes tanto de formales normas de reconocimiento como de un sistema formalizado de fuentes. Su carácter originario la distingue en cambio de todas las demás instituciones positivas —públicas o privadas— cuyos estatutos están supraordenados sólo a las normas de su propio ordenamiento, pero subordinadas a su vez a las normas de la institución originaria de la que depende su validez. El hecho de que hoy, como se verá en el capítulo XVI, convivan y se superpongan confusamente varias ins-

tituciones originarias o constitucionales es además un rasgo empírico y contingente de la fase de transición que estamos viviendo, caracterizada por la crisis de la soberanía de los Estados y por la falta de desarrollo de un efectivo constitucionalismo mundial.

- T12.102 (z)(w)(y)((ISPzw · CSTwzy) → (∃x)(CAUxz · AISxz · ACTx))
T12.81, T8.107
T12.103 (z)(w)(y)((ISPzw · CSTwzy) → (∃x1)(CAUx1z · AISx1z · ACTx1 ·
¬(∃x0)(ATTx0 · GSOx0x1))) T12.102, T12.44

Por otra parte, considerada como ordenamiento la institución constitucional es un sistema nomodinámico en el sentido explicado en los §§ 8.10 y 8.11, al ser sus normas de reconocimiento (T8.98) dictadas por la constitución (T12.104), al igual que las establecidas en todos los estatutos (T10.105), deónticas y no institutivas. Incluso cabe afirmar que el rasgo distintivo de los ordenamientos constitucionales respecto a los premodernos es justamente su naturaleza originada o positiva (T12.105), y también el carácter convencional y artificial, no sólo de sus constituciones, sino de todas las normas de las que éstas, directa o indirectamente, regulan la producción. Pero el ordenamiento constitucional, se puede ahora demostrar, es también originario, es decir, situado en el vértice de la jerarquía de los ordenamientos dentro de él instituidos, al no existir actos institutivos supraordenados al suyo constituyente (T12.106), ni normas jurídicas supraordenadas a sus normas de reconocimiento (T12.107). Lo mismo cabe decir de las instituciones constitucionales consideradas como sujetos, por ejemplo como Estados-persona o como órganos constitucionales. En efecto, también en este sentido se trata de entidades artificiales originadas y al mismo tiempo originarias, al estar producidas por el acto constituyente (T12.108) y no existir actos supraordenados al mismo (T12.109), ni normas supraordenadas a su razón social (T12.110).

- T12.104 (r')(w)(z)(y)((NPRr' · CSTwzy · NRIR'z · ORDz) → NDER')
- T12.81, T10.105
T12.105 (z)(w)((ORDz · CSTwzy) → (∃x)(CAUxz · AISxz · ACTx))
T12.81, T8.107
T12.106 (z)(w)(y)((ORDz · CSTwzy) → (∃x1)(AISx1z · ACTx1 ·
¬(∃x0)(ATTx0 · GSOx0x1))) T12.81, T12.44
T12.107 (z)(w)(r1)((ORDz · CSTwzr1) → (∃x)(INSwr1 · NPRr1 ·
EFFwx · ACTx · ¬(∃r0)(NORr0 · REGr0x · REGr0w · REGr0r1 ·
GSOOr0w · GSOOr0r1 · NRIR1z))) T12.90, D5.1, T12.34, T8.58
T12.108 (z)(w)(y)((PARz v ORGz) · CSTwzy) → (∃x)(CAUxz · AISxz ·
ACTx)) T12.81, T8.107
T12.109 (z)(w)(y)((PARz v ORGz) · CSTwzy) → (∃x1)(AISx1z · ACTx1 ·
¬(∃x0)(ATTx0 · GSOx0x1))) T12.81, T12.44
T12.110 (z)(w)(r1)((PARz v ORGz) · CSTwzr1) → (∃x)(INSwr1 · NPRr1 ·
EFFwx · ACTx · ¬(∃r0)(NORr0 · REGr0x · REGr0w · REGr0r1 ·
GSOOr0w · GSOOr0r1 · RASr1z))) T12.90, D5.1, T12.34, T8.58

Así pues, no tenemos ninguna necesidad de introducir la noción de «Estado» en el vocabulario de la teoría del derecho. En el plano teórico, dicha noción sería fuente de confusión: tanto más en la actual crisis de la soberanía de los Estados y en la fase de incierta transición hacia ordenamientos supraestatales que estamos atravesando. Por ello, hoy son más actuales y pertinentes que nunca las palabras de Hans Kelsen, para quien «una teoría pura del derecho [...] destruye solamente el mal uso político de una teoría espuria del Estado»: «ella prescinde del concepto de un Estado distinto del derecho, es una teoría del Estado-sin Estado», que «descarta la representación de que el Estado sea una realidad absoluta, que se opone fatalmente al individuo como algo meramente dado, independiente de él. En tanto enseña a conceptualizar el Estado como mero orden jurídico», añade Kelsen, «trae al individuo a la conciencia que este Estado es un producto del hombre, creado por el hombre para el hombre y, por lo tanto, nada puede ser deducido contra el hombre de la naturaleza del Estado. Si siempre han sido los gobernantes bajo el orden estatal prevaleciente los que han enfrentado, con argumentos basados en la naturaleza del Estado, los intentos de cambiar este orden, los que han declarado que es absoluto el contenido contingente históricamente dado del orden estatal, porque beneficiaba a sus intereses, entonces la doctrina que declara que el Estado es el orden jurídico válido en un tiempo, cuyo contenido es cambiante y puede siempre ser cambiado, y que, de esta manera, concede al Estado ningún carácter diferente que el puramente formal de ser el supremo orden coactivo, es una doctrina que descarta uno de los obstáculos políticamente más efectivos que en todos los tiempos han sido puestos en el camino de reformar el Estado en beneficio de los intereses de los gobernados»³⁰.

El diseño teórico de esta «reforma» no es otro que el paradigma ofrecido por el constitucionalismo rígido tal y como aquí ha sido delimitado por la definición de ‘constitución’ en D12.22: que por un lado prescinde no sólo, como dice Kelsen, «de los casuales contenidos históricamente dados por los ordenamientos estatales», sino también de la idea misma de «Estado» como única posible institución política originaria o «supremo ordenamiento coercitivo»; y que, por otro lado, identifica como contenidos necesarios (aunque no necesariamente suficientes) de la democracia el principio representativo, la división y la separación de los poderes establecidos por sus normas de reconocimiento, y la garantía de la paz y de los derechos fundamentales que reclama su razón social.

Lamaré pues ‘*democracia constitucional*’ a la institución política cuya constitución es democrática en el sentido elucidado en el párrafo precedente.

D12.23 ‘*Democracia constitucional*’ es la institución política cuyo estatuto es una constitución democrática.

(z)(w)(DCOzw \equiv (\exists y)(ISPzw · STTwz · CSTwzy · DEMw))

Por tanto, entre democracia constitucional y constitución democrática existe una correlación biunívoca (T12.111), en virtud de la cual también la primera resulta de las cinco condiciones contrafácticas requeridas por las normas de reconocimiento y por la razón social que distinguen a la segunda: *a)* la organización en la esfera pública de los poderes públicos sobre la base de su división y distribución entre distintos sujetos; *b)* la representatividad política de las funciones de gobierno, obtenida mediante la elección de sus titulares a través del ejercicio de los derechos políticos; *c)* la separación de tales funciones con respecto a las funciones de garantía; *d)* la producción en la esfera privada de las situaciones disponibles mediante el ejercicio de los derechos civiles; *e)* la garantía de los derechos de libertad y de los derechos sociales establecidos como vitales por las normas sustantivas del pacto constitucional (T12.112). Concretamente, la democracia constitucional que en su momento llamaré ‘formal’ o ‘política’ porque asegurada por las normas formales de la constitución, tiene su norma de reconocimiento de la esfera pública en los principios de la representación política (T12.113), de la división de los poderes públicos (T12.114) y de la separación de las funciones de garantía con respecto a las funciones de gobierno (T12.115), y su norma de reconocimiento de la esfera privada en la atribución a la autonomía privada de la producción de las situaciones disponibles (T12.116). La que en cambio llamaré democracia ‘sustancial’ porque asegurada por las normas sustantivas de la constitución, encuentra su razón social en la garantía de los derechos de libertad y de los derechos sociales fundamentales por ella establecidos como vitales (T12.117).

T12.111 $(z)(w)(DCOzw \equiv (\exists y)(DEMw \cdot CSTwzy))$ D12.23, T12.81

T12.112 $(z)(w)(DCOzw \rightarrow (\exists y)((\exists r)(NRIrw \cdot SPUwy \cdot (FPUy \rightarrow (NFOy \cdot DVPr y)) \cdot (FGOy \rightarrow (\exists x')(\exists x'')(\exists y')(NFOy \cdot RPPry \cdot EFFyx' \cdot VOZx'x'' \cdot ESEx'y' \cdot DPLy')) \cdot (FGAy \rightarrow (NFOy \cdot SEPr y))) \cdot (\exists r)(NRIrw \cdot SPRwy \cdot (\exists x')(\exists y')(NIPry \cdot REGrx' \cdot SITy \cdot DISy \cdot EFFyx' \cdot ESEx'y \cdot DCIy')) \cdot (\exists r)(RASrw \cdot GARry \cdot LIBy \cdot DVIy \cdot NSOy) \cdot (\exists r)(RASrw \cdot GARry \cdot DSOy \cdot DVIy \cdot NSOy)))$ T12.92, T12.111

T12.113 $(z)(w)(DCOzw \rightarrow (\exists y)(FGOy \rightarrow (\exists r)(NRIrw \cdot SPUwy \cdot RPPry)))$ T12.112

T12.114 $(z)(w)(DCOzw \rightarrow (\exists y)(FPUy \rightarrow (\exists r)(NRIrw \cdot SPUwy \cdot DVPr y)))$ T12.112

T12.115 $(z)(w)(DCOzw \rightarrow (\exists y)(FGAy \rightarrow (\exists r)(NRIrw \cdot SPUwy \cdot SEPr y)))$ T12.112

T12.116 $(z)(w)(DCOzw \rightarrow (\exists r)(\exists y)(\exists x')(\exists y')(NRIrw \cdot SPRwy \cdot NIPry \cdot REGrx' \cdot SITy \cdot DISy \cdot EFFyx' \cdot ESEx'y \cdot DCIy'))$ T12.112

T12.117 $(z)(w)(DCOzw \rightarrow (\exists r)(\exists y)(RASrw \cdot GARry \cdot LIBy \cdot DSOy \cdot DVIy \cdot NSOy))$ T12.112

De esta manera hemos articulado el concepto de ‘democracia constitucional’ en las dos dimensiones —por lo demás características de cualquier institución (D8.15, T8.108-T8.115)— que expondré analíticamente.

camente en la parte cuarta: la *dimensión formal*, identificada por sus normas de reconocimiento en el principio representativo, en la división y separación de los poderes públicos y en la autonomía de la esfera privada; y la *dimensión sustancial*, identificada por su razón social en la garantía de la paz y de los derechos fundamentales, de libertad y sociales, constitucionalmente establecidos. La primera dimensión sirve para fundar la jerarquía de las fuentes y de las normas (D8.13, T8.98) y con ella la legitimación interna del ordenamiento. La segunda sirve para expresar el fin (D8.14, T8.104) para cuya consecución se instituye la democracia constitucional y por tanto su legitimación no sólo interna sino también externa. Esta razón social se distingue de la de las instituciones no democráticas porque no es autorreferencial o autopoietica —la «razón de estado», justamente, como razón autónoma de la sociedad— sino heteropoietica o «pública»³¹, identificándose con la esfera pública determinada por los derechos de libertad y por los derechos sociales (T12.117). Pero precisamente porque en la democracia constitucional estos derechos son expectativas vitales de las personas de carne y hueso y, al mismo tiempo, normas constitucionales en el vértice de la jerarquía de las normas, legitimación sustancial externa y legitimación sustancial interna están en ella conectadas como las dos caras de una misma moneda.

12.12. *Jerarquía de las fuentes y jerarquía de las normas.*

La estructura en grados del ordenamiento constitucional

El ordenamiento constitucional consiste, como todos los ordenamientos (D8.12), en un conjunto complejo de fuentes y de normas dispuestas en orden jerárquico. Es más, la estructura en grados representa su rasgo característico. Y resulta particularmente compleja en los ordenamientos democráticos, cuyas normas están vinculadas por normas sobre la producción, no sólo formales sino también sustantivas. Es posible en este punto representarla articulándola verticalmente en varios niveles —constitucional, legal y, podemos añadir, reglamentario o en todo caso subordinado a la ley— en cada uno de los cuales será posible distinguir las tres dimensiones de los respectivos fenómenos normativos: las fuentes, los textos normativos y las normas. En el plano constitucional disponemos ya de los conceptos de ‘acto constituyente’ y de ‘constitución’. Quedan pues por definir las ‘normas constitucionales’, los ‘actos legislativos’, las ‘leyes’ y las ‘normas legales’.

D12.24 *‘Normas constitucionales’ son las normas contenidas en la constitución.*

$(r)(w)(NCSrw \equiv (\exists z)(NORr \cdot INSwr \cdot CSTwz \cdot ISPzw))$

D12.25 *‘Acto legislativo’ es toda decisión mediante la que venga ejercida la función legislativa y cuyas normas sobre la producción han sido establecidas por la constitución.*

$(x)(y)(ALExy \equiv (\exists r)(\exists w)(DECxy \cdot FONxy \cdot ATZxr \cdot FULr \cdot NPRrx \cdot NCSrw))$

D12.26 *‘Ley’ es el conjunto de las normas producidas por un acto legislativo.*

$(w)(r)(LGGwr \equiv (\exists x)(INSwr \cdot NORr \cdot FONxw \cdot FONxr \cdot ALExr))$

D12.27 *‘Normas legales’ son las normas contenidas en una ley.*

$(r)(w)(NLErw \equiv (NORr \cdot INSwr \cdot LGGwr))$

Estas definiciones se distancian en parte de los usos corrientes. De acuerdo con ellas se entiende por ‘ley’ sólo el conjunto de las normas producidas por el acto legislativo —así como, por ‘constitución’ el conjunto de las ‘normas constitucionales’— y por ‘actos legislativos’ sólo las fuentes de normas legales, y no también aquellas que una vieja doctrina llama «leyes formales» y que consisten en los actos preceptivos más diversos: como las leyes de ratificación de los tratados, las de aprobación del presupuesto, las «leyes» de que hablan los artículos 43, 132, apartado 2, y 133, apartado 1 de la Constitución italiana en referencia a las disposiciones de expropiación y nacionalización de empresas o de constitución de nuevas Regiones o Provincias y, en general, todas las consideradas «leyes singulares» o «leyes medida»³². Además, en el léxico de la doctrina habitualmente se designan como ‘constitución’ y como ‘ley’ tanto la fuente, como el texto normativo producido, o las normas contenidas en éste. También en esta teoría, como se dijo en el § 4.1 y al final del § 8.1, he distinguido hasta el momento solamente entre signos y significados, entre fuentes y normas. Pero ahora, para los fines de nuestro análisis, es necesario distinguir no sólo entre fuentes y normas, sino también entre fuentes (las habitualmente llamadas «fuentes de producción»), textos normativos (generalmente llamados «fuentes de conocimiento») y normas³³.

Tenemos así dos tríadas de conceptos: acto constituyente, constitución y normas constitucionales; acto legislativo, ley y normas legales; sin contar las ulteriores tríadas subordinadas, como por ejemplo en el ordenamiento italiano, acto reglamentario, reglamento y norma reglamentaria. Concretamente, las normas constitucionales son las normas contenidas en (el texto de) la constitución (T12.118), que a su vez es un conjunto de normas constitucionales que tiene su fuente en el acto constituyente (T12.119). Las normas legales son las normas contenidas en (el texto de) la ley (D12.27, T12.120) que a su vez es un conjunto de normas legales (T12.121) que tienen su fuente en un acto legislativo (T12.122).

T12.118	$(r)(w)(NCSrw \rightarrow (\exists z)(NORr \cdot INSwr \cdot CSTwz))$	D12.24
T12.119	$(r)(w)(NCSrw \rightarrow (\exists x)(FONxr \cdot ACTx))$	D12.24
T12.120	$(r)(w)(NLErw \rightarrow (\exists z)(NORr \cdot INSwr \cdot LGGwr))$	D12.27
T12.121	$(w)(r)(LGGwr \rightarrow (INSwr \cdot NLErw))$	D12.26, D12.27
T12.122	$(r)(w)(NLErw \rightarrow (\exists x)(FONxr \cdot ALExr))$	D12.26, D12.27

Ya han sido analizados los conceptos de acto constituyente y de constitución. Las normas constitucionales, añado ahora, no son otra cosa que las normas pertenecientes al conjunto de normas que es la constitución. Una análoga tripartición se realiza, respecto a los usos corrientes, en el análisis del fenómeno legislativo. En la doctrina italiana, por ejemplo, se designan como «ley» también decisiones no normativas del parlamento, sin distinguir entre el acto decisorio y sus contenidos prescriptivos; salvo diferenciar luego entre ‘ley material’ y ‘ley formal’, según que tales contenidos consistan en reglas o en otro tipo de prescripciones. De acuerdo con las definiciones aquí propuestas, se entiende en cambio por ‘acto legislativo’ la fuente de grado inmediatamente subordinado a la constitución, y por ‘ley’ y ‘norma legal’, respectivamente, el texto y las normas producidas por el mismo. ‘Acto legislativo’, ‘ley’ y ‘norma legal’, además de ser distintos entre sí, tendrán pues significados de un lado más restringidos y de otro más extensos que en los usos corrientes: más restringidos, al hacer todos referencia, directa o indirecta, al concepto de ‘norma’ en el sentido de regla general y abstracta (D8.1); más extensos, al ser el acto legislativo y la ley identificados sólo por el hecho de que la producción del primero está regulada directamente por la constitución y la segunda tiene su fuente en el primero. Bajo el primer aspecto quedan por tanto excluidas las llamadas «leyes meramente formales», como la aprobación del presupuesto y la ratificación de los tratados (si éstos carecen de contenido regulativo), que no consisten en decisiones normativas, sino en actos preceptivos singulares, bien que del mismo grado y realizados por el mismo órgano que los legislativos, al igual que el voto de confianza o de desconfianza que nadie llamaría «ley». Bajo el segundo aspecto resultan incluidos los decretos-leyes y los decretos legislativos, emanados del gobierno y sin embargo con valor de ley. En cuanto a las leyes regionales, bien pueden ser incluidas en la noción de ‘ley’, encontrando su fundamento directamente en la constitución; a condición, obviamente, de que a ellas se asocie el predicado ‘regionales’ para indicar que son los estatutos de las Regiones quienes dictan su norma de reconocimiento y las específicas normas sobre la producción. Una consideración análoga, en fin, merecen los reglamentos y las directivas europeas, que respecto de los Tratados constitutivos bien pueden considerarse como las fuentes y las normas de nivel legal del ordenamiento comunitario. Por lo demás, la finalidad de las definiciones aquí propuestas es sólo evidenciar el modelo teórico de la estructura en grados de los modernos ordenamientos avanzados, y por tanto diferenciar tipológicamente las fuentes y las normas de distinto grado pertenecientes a

ellos, más allá de los específicos, contingentes y siempre más complejos sistemas de fuentes —estatales, supraestatales e infraestatales— presentes en los mismos.

Esta estructura puede ser representada como una escala de fuentes y como una escala de normas dispuestas jerárquicamente. En el vértice de la *escala de las fuentes* está el acto constituyente (o fundante o fundamental), que es la fuente supraordenada a todas las demás, al no existir ningún acto supraordenado al mismo (T12.44), dado que es ejercicio del poder constituyente (T12.36), que a su vez no es efecto de ningún otro acto (T12.7). En el vértice de la *escala de las normas* se hallan la constitución y las normas constitucionales, que son las normas de grado supraordenado a todas las demás, al no existir ninguna otra norma supraordenada a ellas (T12.89), sino sólo el poder constituyente (T12.90, T12.9) mediante cuyo ejercicio son producidas (T12.88). Todas las demás fuentes y normas son de grado progresivamente subordinado: los actos legislativos, que encuentran en las normas constitucionales las normas sobre su producción (T12.123); las leyes y las normas legales, que tienen sus fuentes en los actos legislativos (T12.124); en fin, los actos que tienen en las normas legales las normas sobre su producción y las normas que tienen en tales actos sus fuentes. Concretamente, en la escala de las fuentes el acto legislativo es de grado subordinado al constituyente, que es la fuente de las normas constitucionales sobre su producción (T12.125). Por su parte, en la escala de las normas, las normas legales son de grado subordinado a las constitucionales, que son las normas sobre la producción de los actos legislativos que son sus fuentes (T12.126).

T12.123 (x)(y)(ALE_{xy} → (∃r)(∃w)(NPR_{rx} · NCS_{rw})) D12.25

T12.124 (w)(r)((LGG_{wr} v NLE_{rw}) → (∃x)(FON_{xw} · FON_{xr} · ALE_{xr}))

D12.26, D12.27

T12.125 (x2)(r2)(ALE_{x2r2} → (∃x1)(∃r1)(GSU_{x2x1} · ACT_{x1} · FON_{x1r1} ·

NCS_{r1} · NPR_{r1x2}))

T12.123, D12.24, D8.2, D9.13, T5.47

T12.126 (r2)(w)(NLE_{r2w} → (∃r1)(∃x2)(GSU_{r2r1} · NCS_{r1x2} · NPR_{r1x2} ·

ALE_{x2r2} · FON_{x2r2}))

T12.124, T12.123, T8.2, D9.13, T5.48

La relevancia teórica de esta escala consiste en reflejar los vínculos formales y sustanciales impuestos por cada norma a las fuentes subordinadas como condición de su vigencia y de su validez. Con la consecuencia de que, al estar la constitución en el vértice de la escala de normas, los principios de democracia en ella contenidos valen para condicionar la validez y la legitimidad de todo el sistema de fuentes y de normas directa o indirectamente subordinadas. Así, la jerarquía de las fuentes y de las normas se concibe como la forma jurídica y como la estructura institucional del estado de derecho en sentido fuerte, a su vez identificable con el paradigma de la ‘democracia constitucional’ en la medida en que los distintos derechos fundamentales estén sancionados y garantizados por la constitución.

En efecto, podemos reformular en términos de acto constituyente, constitución y normas constitucionales, de acto legislativo, ley y normas legales, y luego de actos, textos normativos y normas subordinadas las secuencias de actos y situaciones, así como de fuentes y de normas, enunciadas en los §§ 6.7 y 8.7 (T6.48-T6.51 y T8.81-T8.84). Obtendremos de este modo dos nuevas secuencias, una ascendente y la otra descendente. De acuerdo con la secuencia ascendente (T12.127), dado un acto no constituyente, el mismo es observancia o inobservancia de una norma (T8.79), que si se halla contenida en una norma legal tiene como fuente un acto legislativo (T12.122), el cual es conforme o no conforme con las normas constitucionales sobre su producción (D9.13, T4.66), que en fin tienen como fuente el acto constituyente (T12.119) mediante el que se ejerce el poder constituyente (T12.36). De acuerdo con la secuencia descendente (T12.128), dado un poder constituyente existe siempre el acto que es su ejercicio (T12.15), que es el acto constituyente institutivo de una institución política originaria (T12.30, D12.40), cuya constitución, si es democrática, contiene la estipulación de un conjunto de derechos vitales por obra de sus normas sustantivas (T12.93), que son normas constitucionales que pueden ser observadas o no observadas, por acción o por omisión, por los actos legislativos cuya producción regulan (D9.12, T4.66), y cuyos efectos, si consisten en leyes o en normas legales, pueden ser a su vez observadas o no observadas, por acción u omisión, por las decisiones cuya producción regulan.

T12.127 $(x3)((ATTx3 \cdot \neg COSx3) \rightarrow (\exists r2)((OSSx3r2 \vee IOSx3r2) \cdot NDERx3)) \cdot (r2)(w)((NLEr2w \rightarrow (\exists x2)(FONx2r2 \cdot ALEx2r2)) \cdot (x2)((ALEx2r2 \rightarrow (\exists r1)((OSSx2r1 \vee IOSx2r1) \cdot NPRr1x2 \cdot NCSr1w)) \cdot (r1)((NCSr1w \rightarrow (\exists x1)(FONx1r1 \cdot ACTx1)) \cdot (x1)(ACTx1 \rightarrow (\exists y0)(ESEx1y0 \cdot POCy0))))))$ T8.79, T12.122, T12.123, T12.119, T12.36

T12.128 $(y0)((POCy0 \rightarrow (\exists x1)(ESEx1y0 \cdot ATTx1)) \cdot (x1)((ACTx1 \rightarrow (\exists z)(AISx1z \cdot CAUx1z \cdot ISZz)) \cdot (w)(z)(r1)((CSTwzr1 \cdot DEMw) \rightarrow (INSwr1 \cdot DVIr1 \cdot NSOr1)) \cdot (x2)(NSOr1x2 \rightarrow (NDER1x2 \cdot (OSSx2r1 \vee IOSx2r1 \vee IOSLx2r1)) \cdot (r2)(x3)(r3)((EFFr2x2 \cdot NLEr2x3 \cdot NPRr2x3 \cdot DECx3r3) \rightarrow (OSSx3r2 \vee IOSx3r2 \vee IOSLx3r2))))))$ T12.15, T12.30, T12.93, D9.12, D8.5, T4.66

Es a partir de estas redes o secuencias como puede reconocerse la unidad de todo ordenamiento³⁴. Desde cualquier grado de las dos escalas, como se dijo en el § 6.7, se puede ascender al vértice o descender a la base: de una prohibición de aparcamiento, por ejemplo, a través de la disposición municipal que la ha establecido y luego de la ley sobre las competencias de los ayuntamientos, puede ascenderse hasta la constitución y de aquí al acto y al poder constituyente; inversamente, desde el poder y el acto constituyente, a través de la constitución y después de los actos legislativos y las leyes, se puede descender hasta los actos negociales o administrativos incluso más insignificantes. Por tanto, es la constitución la que confiere, en cuanto conjunto de normas de reco-

nocimiento, unidad al entero sistema, como universo al mismo tiempo normativo y lingüístico —mundo de signos y de significados, como otras veces se ha dicho—, al que todas las fuentes y las normas pertenecen, las unas como signos y las otras como significados.

Hay además un ulterior orden de interpretaciones que puede ser asociado a nuestras secuencias en relación con los poderes constituidos atribuidos a las instituciones producidas por el ejercicio del poder constituyente. Tales poderes pueden ser de dos tipos: el poder legislativo ordinario, cuyo ejercicio produce normas legales ordinarias, y el poder legislativo de revisión constitucional, cuyo ejercicio produce leyes constitucionales o de revisión constitucional. Por tanto son de dos tipos los *procesos políticos* mediante los que nuestras secuencias pueden ser interpretadas y en los que se manifiesta el papel constructivo, de innovación y nomodinámico de la política: el *proceso de realización* de la constitución, a través de la actividad legislativa y administrativa ordinaria articulada según la estructura en grados del ordenamiento, y el *proceso constituyente*, a través de las revisiones, las extensiones y las actualizaciones del proyecto constitucional según los principios que serán comentados en los §§ 13.16-13.20.

12.13. *Antinomias y lagunas. El derecho ilegítimo*

Al final del párrafo precedente se ha visto que los actos normativos que figuran en las secuencias ascendentes (T12.127) y descendentes (T12.128) con que he representado la estructura en grados de la democracia constitucional pueden consistir tanto en la observancia como en la inobservancia de las normas sustantivas sobre su producción. Excluido obviamente el acto constituyente, que no es regulado por ninguna norma, aquéllos pueden ser tanto válidos como inválidos. Consiguientemente, pueden ser tanto legítimas como ilegítimas las normas producidas por dichos actos (D9.26, D9.27). No sólo. Como muestra la secuencia descendente, la inobservancia de las normas sustantivas sobre la producción puede consistir en su inobservancia por acción, y también en su inobservancia por omisión: en la emanación de una norma ilegítima porque incoherente, y también en la omitida producción de normas igualmente ilegítima porque incumplidora con respecto a aquéllas. En el primer caso nos hallamos ante lo que en la definición D10.43 he llamado *antinomia*; en el segundo ante lo que en la definición D10.44 he llamado *laguna*.

Como se ha dicho en el § 10.19, en ambos casos se trata de nociones más restringidas que las que habitualmente presentan esas expresiones. Pues, en efecto, de acuerdo con tales nociones sólo procede hablar de antinomias y de lagunas en referencia a la inobservancia, por acción u omisión, de las normas sustantivas sobre la producción normativa (T10.269): en referencia, concretamente, a los efectos de tal inobservan-

cia, es decir, a normas existentes aunque ilegítimas en el caso de las antinomias (T10.258), y a normas inexistentes aunque debidas en el caso de las lagunas (T10.259). Por tanto, de ellas sólo cabe hablar en el marco de ordenamientos articulados en varios niveles normativos, como, típicamente, los dotados de constituciones rígidas, donde la producción normativa está regulada por normas sustantivas de grado supraordenado como, por ejemplo, las que establecen derechos fundamentales. No se producen en cambio ni antinomias ni lagunas en sentido propio o fuerte, según nuestras definiciones, cuando las contradicciones entre normas o las carencias de normas pueden ser resueltas por el propio intérprete con la aplicación de (meta-)normas pertenecientes al ordenamiento. Es el caso del conflicto entre normas del mismo nivel emanadas en tiempos distintos, que se resuelve mediante el principio, establecido, por ejemplo, en el artículo 15 de las disposiciones preliminares al Código Civil italiano, de abrogación tácita de las viejas normas por «incompatibilidad» con la *lex posterior*; o del conflicto entre normas de carácter general y de carácter especial, que a su vez es resuelto por el principio, establecido por ejemplo en el artículo 14 de las mismas disposiciones preliminares, de la preferencia de la *lex specialis* en los solos «casos y momentos en ella considerados»; o, en fin, de la carencia para el caso concreto de una «precisa disposición», a su vez resuelta por el principio, establecido en el apartado 2 del artículo 12 de las mismas disposiciones preliminares, del recurso a normas «que regulan casos similares o materias análogas» o bien a los «principios generales del ordenamiento». En todos estos supuestos no estamos en presencia ni de lagunas ni de antinomias en el sentido fuerte aquí definido, dado que conflictos y carencias son resueltos por el intérprete, de acuerdo con normas constitutivas como las enunciadas, sin ninguna corrección o alteración del derecho vigente y sin que en ellos resulten reconocibles inobservancias o vicios de ninguna naturaleza.

De acuerdo con nuestra definición, antinomias y lagunas se producen sólo cuando los vicios en que consisten (T10.262-T10.263) no pueden ser sanados por el intérprete sino que únicamente pueden ser eliminados por una específica decisión (T10.266 y T10.267): la antinomia por la anulación jurisdiccional o por la abrogación legislativa de la norma ilegítima indebidamente existente; la laguna por la introducción legislativa de la norma obligada indebidamente inexistente. Ambos tipos de vicios, además, están unidos a los distintos niveles normativos, produciéndose siempre que una norma de grado supraordenado viene violada, por acción u omisión, en el nivel normativo subordinado (T10.270, T10.271) y resulta por tanto, si no es eliminado el vicio, inaplicable (D10.43, D10.44, T10.262). Es el caso, precisamente, de las normas de una constitución rígida que devienen vanas e inaplicadas si son violadas por la actividad legislativa: porque contradichas por normas vigentes en contraste, en el caso de las antinomias; o porque inactuadas por la omitida producción de las normas requeridas para su aplicación, en el caso de las lagunas. Por ejemplo, sería inaplicable la norma constitucional que

tutela la libertad de cualquier manifestación del pensamiento si estuviésemos en presencia de (y hasta que no fueran eliminadas las) normas que castigasen como delitos algunas manifestaciones del pensamiento. Igualmente sería inaplicable la norma constitucional que asegura el derecho a la salud en caso de ausencia de (y hasta que no fueran introducidas las) normas que garantizan la asistencia sanitaria. Sería incluso inaplicable la norma sobre el derecho a la vida si el homicidio no estuviera prohibido y sancionado por las correspondientes garantías primarias y secundarias, es decir, por las normas primarias que lo prohíben y por las secundarias que lo castigan.

Se comprende que el problema de las antinomias y de las lagunas —tal como ha sido aquí planteado en el § 6 de la Introducción y después en los §§ 1.3, 2.7, 3.5, 8.7 y 10.19-10.20— es principalmente, en el estado constitucional de derecho, el problema de las garantías primarias y secundarias de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos: de las *garantías primarias* (negativas) de los derechos de libertad y (positivas) de los derechos sociales, cuya violación legislativa produce *antinomias* y cuya ausencia integra las que en el § 10.20 he llamado *lagunas primarias* (D10.47); de las *garantías secundarias* de los mismos derechos, de cuya aplicación jurisdiccional depende la solución de las *antinomias* y cuya ausencia integra las que he llamado *lagunas secundarias* (D10.48).

El problema es generado por un doble carácter de los derechos constitucionalmente establecidos: de un lado, por su rango constitucional, supraordenado a las normas legales ordinarias (T12.89-T12.90, T12.126); de otro, por su carácter de normas téticas y precisamente tético-deónticas (T11.20). Son estos dos caracteres los que hacen posibles las antinomias y las lagunas en el sentido aquí precisado. En efecto, la estipulación constitucional de un derecho fundamental —en contraste con el principio lógico de no contradicción, en cuya virtud lo que por ejemplo está permitido no está prohibido (T1.10, T2.13)— no supone en absoluto la automática inexistencia de las normas legales contrastantes; y ni siquiera comporta —en contraste con la tesis teórica de la implicación entre expectativas (y derechos) y garantías (T3.42-T3.43, T10.120-T10.126, T10.135-T10.136, T10.170-T10.185, T10.212-T10.229, T11.14, T11.101-T11.111)— la automática existencia de las normas legales que establezcan las correspondientes garantías positivas o negativas. Sólo conlleva el deber ser —como principio *iuris tantum*— de la inexistencia de las normas del primer tipo y de la existencia de las normas del segundo. Comporta, concretamente, que los derechos constitucionalmente establecidos equivalgan, merced a su rango constitucional³⁵, a otras tantas normas sustantivas sobre la producción legislativa, a la que imponen de un lado la *coherencia*, excluyendo como inválida la producción de normas en contraste con ellos, y de otro lado la *plenitud*, imponiendo la producción de normas que introduzcan las respectivas garantías primarias y secundarias.

Se confirma así que antinomias y lagunas son vicios (T10.262), es decir, inobservancias, por incoherencia o por falta de plenitud, de normas sobre la producción de normas. En efecto, sabemos que las normas sustantivas son normas de grado supraordenado a las normas y a las situaciones producidas por las decisiones cuya producción regulan (T9.101); que las decisiones que producen tales normas o situaciones, si no son coherentes con las mencionadas normas sustantivas, son vigentes pero no válidas (T9.147); en pocas palabras, que la validez sustancial de toda decisión supone la coherencia de sus significados con los expresados por todas las normas sustantivas sobre su producción (T9.151). De aquí se sigue que es sustancialmente inválida aunque vigente cualquier decisión —ya se trate de un acto legislativo realizado en el ejercicio del poder legislativo, o de un acto negocial concluido en el ejercicio de un derecho civil de autonomía— cuyos significados, sean normas o situaciones, no resulten coherentes con los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos como normas sustantivas sobre su producción (T12.129); y que a su vez son sustancialmente ilegítimos, porque incoherentes con normas de grado supraordenado, los significados y los efectos —sean normas legales producidas en el ejercicio de la función legislativa o situaciones producidas en el ejercicio de otras funciones públicas o de la autonomía privada— que no observen los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos (T12.130).

T12.129 $(x)(r)((\exists y)DEC_{xy} \cdot \neg(\exists y)(SIG_{yx} \cdot COE_{yr}) \cdot DFO_{r} \cdot NCS_{r} \cdot NSO_{rx}) \rightarrow (VIG_{x} \cdot INV_{x})$ T9.147, D9.20, T9.132

T12.130 $(y)(x)(r)((SIG_{yx} \cdot EFF_{yx} \cdot DEC_{xy} \cdot IOS_{yr} \cdot NSO_{rx}) \rightarrow ((NOR_{y} \vee SIT_{y}) \cdot ILS_{y} \cdot \neg COE_{yr} \cdot GSO_{ry}))$ T9.128, T9.221, D5.5, T5.46, D9.12

En todo caso, las inobservancias de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, produciéndose en un nivel normativo subordinado a éstos, dan lugar a antinomias o a lagunas. Concretamente, dado un derecho constitucionalmente establecido, diremos que el vicio producido por una decisión inválida de una norma legal contrastante es una *antinomia* (T12.131), mientras que el vicio producido por la omitida producción de las normas requeridas por ese derecho constituye una *laguna* (T12.132).

T12.131 $(r)((DFO_{r} \cdot NCS_{r}) \rightarrow (w)(x)(y)((VIS_{wx} \cdot EFF_{wx} \cdot DEC_{xy} \cdot IVS_{x} \cdot SIG_{yx} \cdot NOR_{y} \cdot \neg COE_{yr} \cdot IOS_{yr} \cdot NSO_{rx}) \rightarrow ANT_{wx}))$ D10.43, D9.37, T4.70

T12.132 $(r)((DFO_{r} \cdot NCS_{r}) \rightarrow (w)(x)(y)((VIZ_{w\perp x} \cdot EFF_{w\perp x} \cdot IOS_{\perp x} \cdot DEC_{\perp xy} \cdot NOR_{y} \cdot IOS_{yr} \cdot NPR_{rx} \cdot OBL_{rx}) \rightarrow LAC_{wx}))$ D10.44, D9.34, T4.70

En las democracias constitucionales, las antinomias y las lagunas equivalen pues al espacio del *derecho ilegítimo* abierto por la violación o el incumplimiento de las promesas contenidas en las constituciones de-

mocráticas. Por tanto, si de un lado son el principal defecto, de otro revelan el mayor valor del estado constitucional de derecho. En efecto, ese espacio no existe en los regímenes absolutos, donde el poder normativo no se encuentra condicionado por límites ni por vínculos, donde la vigencia de las normas producidas equivale a su validez y no se producen por consiguiente antinomias y lagunas en el sentido fuerte aquí explicado. Existe en cambio en las democracias constitucionales, donde todos los poderes, incluso el legislativo, están sometidos a límites y vínculos fundamentales, cuya virtual y en alguna medida inevitable ineffectividad determina, en la misma medida, una virtual e inevitable ilegitimidad.

12.14. *La distinción entre derechos y garantías. Los derechos débiles.*
Las garantías constitucionales, primarias y secundarias.
Las garantías legislativas

El desconocimiento del derecho ilegítimo constituye una suerte de reflejo condicionado de la cultura jurídica y política: condicionado, concretamente, en obsequio al derecho vigente, por su persistente concepción paleo-positivista según el viejo modelo del estado legislativo de derecho y por la sustancial falta de valoración teórica de las innovaciones introducidas por el constitucionalismo rígido. Según se ha visto, esta concepción se expresa habitualmente en la ausencia de distinción entre validez y vigencia y, por otro lado, en la asimilación de las lagunas y de las antinomias ocasionadas por los desniveles normativos a aquellas otras que se manifiestan en un mismo nivel y que son resueltas por el propio intérprete con la aplicación de los criterios cronológico y de especialidad, así como con el recurso a la analogía. De aquí se deriva una profunda incompreensión de la especificidad estructural de la democracia constitucional.

Una primera incompreensión se refiere a las *antinomias*, que algunas veces, cuando se manifiestan respecto a los límites y vínculos fundamentales (D11.24, D11.25) impuestos al ejercicio de derechos civiles y políticos de autonomía, se interpretan como conflictos entre derechos. Se trata en cambio, como he mostrado en el § 11.6 (T11.76, T11.77), de casos de inobservancias de los derechos fundamentales por parte del ejercicio directo o indirecto de derechos secundarios de autonomía, ejercicio que se halla estructuralmente subordinado a los primeros. Y esto no ya en virtud de una cierta jerarquía entre derechos, que vería los derechos secundarios subordinados a los derechos primarios aun cuando todos sean de rango constitucional, sino por la relación gradual que existe entre todos los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, sean primarios o secundarios, y las normas o las situaciones singulares producidas por el ejercicio de los derechos secundarios, ya sea directo como en el caso de los derechos civiles, ya indirecto a través de representantes en el caso de los derechos políticos. En efecto, en el paso de los derechos de autonomía a las situaciones producidas por

su ejercicio se descende un grado o nivel normativo (T9.100-T9.104). Concretamente, los derechos fundamentales, incluso los propios derechos secundarios, al ser normas sustantivas sobre la producción de los actos que son ejercicio de los derechos secundarios de autonomía, civil o política, se encuentran siempre en un grado supraordenado a las normas o a las situaciones que son efectos de tales actos (T12.133). Inversamente, las situaciones producidas por el ejercicio directo o indirecto de los derechos secundarios, sean civiles o políticos, al estar tal ejercicio sometido a normas que regulan su producción, se hallan siempre en un grado subordinado al nivel normativo al que tales normas pertenecen, incluidos por tanto todos los derechos fundamentales, tanto más si constitucionalmente establecidos (T12.134).

T12.133 (y1)(DFOy1 \rightarrow (y2)(x)((SITy2 \cdot EFFy2x \cdot AFOx \cdot ESExy1 \cdot AUNy1 \cdot (DCly1 \vee DPLy1)) \rightarrow (GSOy1y2 \cdot SITy2))) T11.77, T5.46

T12.134 (y2)(x)(y1)((SITy2 \cdot EFFy2x \cdot AFOx \cdot ESExy1 \cdot AUNy1 \cdot (DCly1 \vee DPLy1)) \rightarrow (GSUy2y1 \cdot DFOy1)) T11.77, T11.59

Una segunda y todavía más grave incompreensión se refiere a las *lagunas*, interpretadas algunas veces —cuando se manifiestan en la ausencia de límites o vínculos impuestos, en garantía de los derechos fundamentales, a los poderes públicos o privados— como ausencia o inexistencia no ya de las garantías sino de los mismos derechos. Al contrario, como ya se dijo en el § 10.19, esas ausencias constituyen indebidas inobservancias por omisión (T10.265) de los derechos reconocidos: ya consistan en *lagunas primarias*, es decir, en la omitida producción de las normas primarias que establezcan las correspondientes garantías primarias (T12.135); o bien en *lagunas secundarias*, es decir, en la omitida producción de las normas secundarias que establezcan las correspondientes garantías secundarias (T12.136).

T12.135 (w)(x)(r')((LACwx \cdot EFFwLx \cdot IOSLxr' \cdot DFOr' \cdot NSOr'x \cdot \neg (\exists r'')(DEC \perp Lxr'' \cdot ((NOPr'' \cdot NTEr'') \vee (\exists y)(NOPy \cdot NIPy \cdot REGyr'')))) \rightarrow (LPRwx \cdot \neg (\exists r'')(DEC \perp Lxr'' \cdot GAPr'r'')) D10.47, T10.251, T11.20

T12.136 (w)(x)(r')((LACwx \cdot EFFwLx \cdot IOSLxr' \cdot DFOr' \cdot NSOr'x \cdot \neg (\exists y)(\exists r'')(DEC \perp Lxr'' \cdot NOSy \cdot NIPy \cdot REGyr'')) \rightarrow (LSEwx \cdot \neg (\exists r'')(DEC \perp Lxr'' \cdot GASr'r'')) D10.48, T10.252, T11.20

En la base de esta incompreensión de las lagunas se halla la confusión entre derechos y garantías. En efecto, según una tesis ampliamente difundida y que, como he recordado en el § 10.11, cuenta con la autoridad de Kelsen, el derecho subjetivo sería sólo el «reflejo de un deber jurídico»³⁶, o sea, de lo que aquí hemos llamado garantía primaria (D10.39). Es más: tener un derecho, añade Kelsen, equivale a tener «la posibilidad jurídica de obtener la aplicación de la norma jurídica apropiada que dispone la sanción»³⁷: de activar, en otras palabras, la que he llamado 'garantía secundaria'. Kelsen opera pues dos identificaciones: entre los

derechos y las correspondientes garantías primarias y entre los derechos y las correlativas garantías secundarias.

Esta errónea identificación de los derechos con las garantías es el precio que ha de pagar Kelsen por su concepción imperativista del derecho, basada en la centralidad de la sanción. Se trata sin embargo de un precio demasiado alto, que contradice las premisas normativistas y iuspositivistas de su propia teoría. Pues, en efecto, de aquí se sigue que derechos fundamentales puestos o producidos por válidos actos normativos pero privados de garantías serían, simplemente, derechos inexistentes: como inexistentes —simples *flatus vocis*— serían también las normas que los expresan; que enteros catálogos de derechos —gran parte de los derechos sociales y casi todos los derechos humanos establecidos por convenciones internacionales— serían no-derechos, no-normas, sólo porque privados de garantías, tanto primarias como secundarias; que, en suma, la teoría —mucho más allá de los valores pragmáticos conectados a la normatividad del derecho en relación consigo mismo, característica de los ordenamientos complejos como se dijo desde la Introducción— terminaría por condicionar la positividad (o sea, la existencia) de las normas a la satisfacción de un arbitrario principio teórico (una suerte de paradójico iusnaturalismo realista) y desarrollar así una función legislativa.

Por lo demás, es sintomático que Kelsen ignore todas estas implicaciones, ligadas asimismo a los distintos niveles normativos y por tanto al hecho de que también las lagunas, al igual que las antinomias, se refieren a un nivel normativo más bajo respecto al de las normas frente a las cuales se detectan. Esto obedece al hecho de que, al formular sus tesis, Kelsen asume siempre como figura paradigmática del derecho subjetivo los derechos patrimoniales: los derechos, como él escribe, en el «sentido técnico de que el acreedor tiene derecho a recobrar su dinero del deudor, o el propietario tiene derecho al uso exclusivo de su propiedad»³⁸. Estos derechos, en efecto, como se vio en su momento, no consisten nunca en normas téticas. No son sino derechos singulares predispuestos por normas hipotéticas simultáneamente a las obligaciones o prohibiciones correspondientes (T11.82). Es claro que en estos casos la relación entre derechos y garantías, al menos por lo que se refiere a las garantías primarias, no genera ningún problema: «Una parte contratante tiene un derecho frente a la otra solamente si ésta tiene un deber jurídico de comportarse de una determinada manera frente a la primera; y la segunda tiene un deber jurídico de comportarse de una determinada manera frente a la primera solamente si el ordenamiento jurídico dispone una sanción en caso de comportamiento contrario»³⁹. Pero esto depende, de un lado, del hecho de que el deber jurídico, es decir, la garantía primaria, nace del mismo contrato del que nace el derecho, como sucede con los derechos personales, o bien forma parte del «derecho al uso exclusivo de su propiedad», como sucede con los derechos reales; de otro, por la milenaria tradición jurisprudencial del derecho civil, que siempre ha

asociado a los derechos patrimoniales el derecho de acción como técnica específica para activar sus garantías secundarias⁴⁰.

Todo esto no vale para los derechos fundamentales, que son en cambio normas téticas cuya enunciación no implica por completo la estipulación de las correspondientes garantías, que son situaciones normativas que adquieren existencia —de acuerdo con el segundo y el cuarto de los que he llamado postulados del positivismo jurídico (P11 y T6.45-T6.46; P13 y T8.19-T8-20)— si y sólo si a su vez son introducidas por específicos actos o fuentes. En ausencia del derecho penal o del ordenamiento procesal o judicial, repito, no existirían las garantías primarias y secundarias de los derechos que uno y otro tutelan. Pero eso no quiere decir que tales derechos —pensemos en los derechos humanos sancionados por las cartas internacionales— no existan y que por ello sean otros tantos desmentidos a los susodichos postulados del positivismo jurídico. Quiere decir tan sólo que deben concebirse como *derechos débiles* porque no garantizados, y por tanto inaplicables, a causa de una laguna en su garantía, responsable de la que he llamado en el § 10.21 «inefectividad estructural» (D10.53-D10.55).

Así pues, es la estructura nomodinámica del derecho positivo la que obliga a distinguir entre los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos y sus garantías legislativas. Como justamente Kelsen nos ha enseñado, a diferencia de los sistemas nomoestáticos como la moral o el derecho natural, donde las normas se deducen unas de otras, en los sistemas nomodinámicos, como es precisamente el derecho positivo, la existencia de una norma y por tanto de los derechos y de los deberes por ella expresados no es por lo común deducida de la existencia de otra norma, sino inducida, como *hecho empírico*, del acto de su producción. Por tanto, resulta muy posible que dado un derecho consistente en una norma tética, como son los derechos fundamentales, no exista —aunque debería existir— la obligación o la prohibición correspondiente a causa de la (indebida) inexistencia de la norma que debería preverla; así como es posible que, dada la facultad de un comportamiento, por ejemplo un derecho de libertad, exista —aunque no debería existir— la prohibición del mismo comportamiento a causa de la (indebida) existencia de la norma que establece dicha prohibición.

En pocas palabras, es muy posible que en ordenamientos complejos, articulados sobre varios niveles normativos, se produzcan *lagunas* y *antinomias* en el sentido fuerte aquí definido. Al estar ligada a la estructura deóntica del derecho expresada por el postulado P2, la existencia de antinomias y de lagunas es más bien inevitable en tales ordenamientos, donde normas de grado supraordenado regulan actividades normativas de grado subordinado. En efecto, se trata de un corolario del constitucionalismo rígido, cuyo rasgo característico es el espacio que virtualmente abre a la existencia del *derecho ilegítimo*. Y esto porque, como he dicho varias veces, el nexo teórico de implicación entre derechos y garantías, al igual que el nexo lógico de incompatibilidad entre facultades y prohi-

biciones, no es un nexo empírico, sino un nexo normativo que de hecho bien puede ser violado. En resumen, porque plenitud y coherencia no son propiedades del derecho sino de la teoría; no expresan el ser, sino el deber ser del primero, que hace explícito la segunda.

Esto no quiere decir que nuestras tesis teóricas sean normativas en lugar de descriptivas: que no satisfagan el papel explicativo que se exige a toda tesis teórica. Significa, por el contrario, que son explicativas de la normatividad de las normas constitucionales respecto de la legislación, que como todas las normas bien pueden ser inactuadas o violadas. Es esta normatividad de la constitución, unida a su nivel supraordenado a la legislación, lo que la teoría no puede ignorar, so pena de inadecuación explicativa y pérdida de alcance empírico, sino que al contrario debe hacerla explícita como el rasgo distintivo de las democracias constitucionales. Además, es evidente que esa normatividad se proyecta sobre la ciencia jurídica confiriéndole, como ya se indicó en la Introducción, no sólo un papel descriptivo, sino también un papel al mismo tiempo crítico y normativo en relación con su objeto; crítico frente a la presencia de normas constitucionalmente ilegítimas así como a la ausencia de las correspondientes garantías, que el análisis dogmático tiene la competencia de señalar y que la teoría permite justamente leer —en vez de como «desmentidos» al principio de no contradicción o a la tesis de la implicación entre expectativas y garantías— como indebidas antinomias y lagunas que los poderes públicos tienen la obligación de resolver y reparar⁴¹.

Es precisamente la existencia de esta obligación, como se indicó en el § 10.20, la que confirma nuestras tesis teóricas sobre el nexo de implicación entre derechos y garantías y el principio lógico de no contradicción entre figuras deónticas incompatibles. Se trata de una *obligación constitucional* por así decir *metanormativa*, como entonces se dijo, respecto a las obligaciones y prohibiciones que integran las garantías primarias y secundarias, al tener por objeto precisamente la introducción de éstas y por tanto la eliminación de las correspondientes lagunas: en primer lugar, la obligación de obligar (a la satisfacción de los derechos sociales) o de prohibir (la violación de los derechos individuales), es decir, de introducir, para los distintos tipos de derechos, las respectivas garantías primarias; en segundo lugar, la obligación de proporcionar, para los mismos derechos, las correspondientes garantías secundarias, mediante las que sean prevenidas o eliminadas las violaciones de los derechos fundamentales establecidos. De un lado, pues, la obligación de dictar las normas penales en garantía primaria de la vida, de la integridad y de los demás derechos de las personas, o las normas sociales en garantía primaria de los derechos en materia de trabajo, de salud o de educación; de otro, la obligación de establecer, para la garantía secundaria de los mismos derechos, las jurisdicciones penal, civil y administrativa encargadas de la condena o de la anulación de las violaciones de las garantías primarias.

He llamado a estas dos metaobligaciones *garantías débiles*, para distinguirlas de las *garantías fuertes* que son las garantías primarias y

secundarias concretamente introducidas por el legislador ordinario en correspondencia a los derechos constitucionalmente reconocidos. Se trata de garantías constitucionales *implícitas* en la propia estipulación constitucional de principios o derechos fundamentales. Existen además, en los modernos ordenamientos dotados de constituciones rígidas, garantías constitucionales *explícitas*: de un lado, la prohibición constitucional, igualmente dirigida al legislador ordinario, de derogar, bajo pena de invalidez, las normas constitucionales; de otro, la obligación, atribuida a un juez constitucional, de anular las normas constitucionalmente inválidas. Son éstas las generalmente llamadas *garantías constitucionales*⁴², ambas previstas en las modernas constituciones contra su propia violación por obra del legislador ordinario. Tales garantías consisten en las normas constitucionales que eliminan o excluyen como inválidas las normas en contraste con la constitución.

Definiré pues *garantías constitucionales* como las garantías de las normas constitucionales sustantivas establecidas, implícita o explícitamente, por normas constitucionales de competencia (D12.28). Y las dividiré en dos clases: las *garantías constitucionales primarias*, consistentes en garantías primarias a cargo del legislador, es decir, en la obligación (implícita) de actuar y en la prohibición (explícita) de derogar la constitución si no es mediante leyes constitucionales aprobadas por un procedimiento agravado respecto al ordinario (D12.29); y las *garantías constitucionales secundarias*, consistentes a su vez en la obligación, atribuida a un juez de constitucionalidad, de anular o de reparar las antinomias y las lagunas producidas por la violación de las garantías constitucionales primarias, incluidas aquí las garantías débiles o implícitas arriba comentadas (D12.30).

D12.28 '*Garantías constitucionales*' son las garantías de las normas constitucionales sustantivas, establecidas por normas constitucionales formales de competencia.

$$(y')(y'')(GCOy'y'' \equiv (GARy'y'' \cdot NCSy'' \cdot NSOy'' \cdot NCSy' \cdot NFOy' \cdot NCPy'))$$

D12.29 '*Garantías constitucionales primarias*' son las garantías constitucionales consistentes en garantías primarias.

$$(y')(y'')(GCPy'y'' \equiv (GCOy'y'' \cdot GAPy'y''))$$

D12.30 '*Garantías constitucionales secundarias*' son las garantías constitucionales consistentes en garantías secundarias.

$$(y')(y'')(GCSy'y'' \equiv (GCOy'y'' \cdot GASy'y''))$$

Recapitulando, las garantías de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos y, más en general, de las normas sustantivas de la constitución, son de dos tipos: constitucionales o legislativas. Las

garantías constitucionales, es decir, establecidas por normas constitucionales, son a su vez de dos tipos: las *garantías constitucionales primarias*, consistentes en normas de competencia que imponen al legislador, de un lado, la obligación de producir leyes de desarrollo o de garantía de las normas constitucionales sustantivas y, de otro, la prohibición de modificar tales normas si no es mediante un procedimiento agravado; las *garantías constitucionales secundarias*, consistentes en las normas que confían a jurisdicciones de constitucionalidad la anulación de las normas legales constitucionalmente inválidas o la constatación de la omitida producción legislativa de las garantías primarias y secundarias de los derechos reconocidos. Las primeras son garantías *positivas* o *negativas* (D3.6, D3.7) consistentes en la obligación de colmar las lagunas y en la prohibición de producir antinomias. Las segundas son siempre garantías *positivas* (D3.7), consistentes por lo general en la sola obligación de anular las norma constitucionalmente inválidas en que consisten las antinomias (y sólo excepcionalmente en la obligación, prevista por ejemplo en las constituciones portuguesa y brasileña, de señalar, pero no en verdad de reparar, las lagunas). Ninguna de estas dos garantías, consistentes como se ha dicho en normas de competencia, coinciden con las garantías primarias y secundarias inmediatamente correlativas a los derechos constitucionalmente establecidos. Éstas son por lo común *garantías legislativas*, impuestas por la garantía constitucional débil o implícita consistente en la obligación de una *legislación de actuación*. En suma, son establecidas por leyes de actuación: sean primarias o secundarias y, en el primer caso, negativas (porque correlativas a derechos de libertad o más en general a derechos individuales) o positivas (porque correlativas a derechos sociales).

En los §§ 13.18 y 13.19 volveré más analíticamente sobre el conjunto de estas garantías. Mientras tanto su identificación y sus distinciones son suficientes para desmentir la tesis de que los derechos constitucionalmente reconocidos, aun cuando privados de inmediatas garantías, sean simples *flatus vocis*. Tales derechos generan en todo caso —de un lado, a través de las garantías constitucionales explícitas, de otro, mediante las garantías constitucionales implícitas consistentes en la obligación de introducir garantías legislativas— límites y vínculos fundamentales a cargo de los poderes públicos. Y valen por tanto para diseñar, como razón social de la democracia constitucional, la esfera de lo no decidible (que o que no): lo que no debe ser decidido, es decir, las normas inválidas que generan antinomias, y lo que no debe dejar de ser decidido, es decir, el cumplimiento de las garantías y todavía antes su introducción, cuya ausencia genera lagunas.

12.15. Fuentes formales y fuentes informales. La costumbre

Las fuentes hasta aquí identificadas —los actos legislativos y las decisiones normativas subordinadas— al consistir en actos formales, bien

pueden ser llamadas '*fuentes formales*': entendiendo con esta expresión todas las decisiones que expresamente enuncian normas en determinada forma y que están por ello sujetas a condiciones tanto formales como sustanciales de validez (T9.153, T9.155, T9.158). Pero existen también fuentes consistentes en actos informales, que por eso podemos llamar '*fuentes informales*': como se ha visto, de esta clase es el acto constituyente, que es un acto informal porque carece de formas jurídicas normativamente predispuestas (T12.43, T12.42).

D12.31 '*Fuente formal*' es toda fuente consistente en un acto formal.

(x)(r)(FOFxr \equiv (FONxr \cdot AFOx))

D12.32 '*Fuente informal*' es toda fuente consistente en un acto informal.

(x)(r)(FOIxr \equiv (FONxr \cdot AINx))

Sin embargo, las fuentes más típicamente informales son las consuetudinarias. Estas fuentes pueden ser concebidas como actos informales, porque no dotados de formas expresamente predispuestas por normas (D9.3, T9.3), cuya continua repetición, siempre que no resulte conflictiva con ninguna de las normas válidamente producidas por las fuentes formales, es interpretable como dotada de significado normativo. Correlativamente, se llamarán '*costumbres*' todas las normas producidas por su repetida observancia, es decir, en virtud de su efectividad, a condición de que se las reconozca como tales según una norma producida por una fuente formal y, al mismo tiempo, de que no se encuentren en contraste con ninguna norma producida por fuentes formales⁴³.

D12.33 '*Costumbre*' es toda norma que sea efecto de su repetida observancia informal, normativamente reconocida por fuentes formales como dotada de eficacia normativa y que no se halle en contraste con ninguna otra norma producida por fuentes formales válidas.

(y)(CNSy \equiv ($\exists^n x$)(NORy \cdot EFFyx \cdot OSSxy \cdot AINx \cdot ($\exists w$)($\exists x'$)(NORw \cdot REGwx \cdot EFFwx' \cdot FOFx'w)) \cdot (r)(s)(COEyr \cdot NORr \cdot SIGrs \cdot CAUUr \cdot FOFsr \cdot VALs)))

Por tanto, todas las fuentes se dividen en formales e informales (T12.137). Es ésta una distinción excluyente (T12.138 y T12.139) y no sólo exhaustiva, dada la oposición que como sabemos existe entre actos formales y actos informales (T9.14, T9.15). Obviamente, en los ordenamientos modernos, la inmensa mayoría de las normas viene producida por fuentes formales, es decir, por actos lingüísticos expresados de determinada forma (T12.140) como son precisamente los actos legislativos (T12.141) y más en general las decisiones. La relación entre fuentes formales y normas es así la ya comentada con carácter general en el capítulo IX, que discurre entre forma y contenido, entre signo y signi-

ficado: las primeras son los signos dotados de forma y al mismo tiempo las causas de las segundas (T12.142); las cuales a su vez, donde sean por ejemplo objeto de actos legislativos, son los efectos y conjuntamente los significados de las primeras (T12.143).

T12.137 $(x)(r)(\text{FONxr} \equiv (\text{FOFxr} \vee \text{FOIxr}))$ D8.2, D12.31, D12.32, T9.13

T12.138 $(x)(r)(\text{FOFxr} \equiv (\text{FONxr} \cdot \neg \text{FOIxr}))$ D12.31, D12.32, T9.14, T12.137

T12.139 $(x)(r)(\text{FOIxr} \equiv (\text{FONxr} \cdot \neg \text{FOFxr}))$ D12.31, D12.32, T9.14, T12.137

T12.140 $(x)(r)(\text{FOFxr} \rightarrow (\exists f)(\text{ATTx} \cdot \text{SEGx} \cdot \text{FORfx}))$ D12.31, D9.2, T9.21

T12.141 $(x)(r)(\text{ALExr} \rightarrow \text{FOFxr})$ D12.25, T9.82, D12.31

T12.142 $(x)(r)(\text{FOFxr} \rightarrow (\exists f)(\text{SEGx} \cdot \text{FORfx} \cdot \text{CAUxr} \cdot \text{NORr}))$ T12.140, D8.2, D12.31

T12.143 $(r)(x)((\text{NORr} \cdot \text{ALExr}) \rightarrow (\text{EFFrx} \cdot \text{SIGrx} \cdot \text{FOFxr}))$ T12.141, D9.9, D5.1, D12.25

Pero también las costumbres, aunque producidas por fuentes informales (T12.144), es decir, carentes de forma (T12.145), son normas y remiten pues a preceptos cuyo significado expresan (T12.146). En efecto, pues, su rasgo característico reside en la *communis opinio* que a los actos consuetudinarios adscriben normas, es decir, prescripciones jurídicamente vinculantes que tienen el sentido o el «valor»⁴⁴ de normas. Sólo que —como muestra la diversidad de las variables cuantificadas en la T12.147— el acto consuetudinario no se identifica por completo con el precepto que puede ser inducido. Desde una serie de actos consuetudinarios, únicamente cabe decir, no que sean preceptos, sino que de ellos se puede inducir la existencia de un precepto (T12.147); a condición, además, de que la costumbre producida no sea *contra legem*, esto es, que resulte coherente con las otras normas del ordenamiento válidamente producidas por fuentes formales (T12.148).

T12.144 $(r)(\text{CNSr} \rightarrow (\exists x)\text{FOIxr})$ D12.33, D12.32, D8.2, T5.30, D5.1

T12.145 $(r)(\text{CNSr} \rightarrow (\exists x)(\text{FONxr} \cdot \neg (\exists f)\text{FORfx}))$ T12.144, D12.32, D9.3

T12.146 $(y)(\text{CNSy} \rightarrow (\exists x)(\text{NORy} \cdot \text{SIGyx} \cdot \text{PREx}))$ D12.33, T8.13

T12.147 $(x')(\text{AINx}' \rightarrow (y)((\text{FOIx}'y \cdot \text{CNSy}) \rightarrow (\exists x'')(\text{PREx}'' \cdot \text{SIGyx}'' \cdot \text{NORy})))$ T12.146

T12.148 $(y)(\text{CNSy} \rightarrow ((\exists x')(\text{PREx}' \cdot \text{SIGyx}') \equiv (r)(x'')(\text{COEyr} \cdot \text{NORr} \cdot \text{SIGrx}'' \cdot \text{CAUx}''r \cdot \text{FOFx}''r \cdot \text{VALx}'')))$ D12.33, T12.146

Esta última circunstancia permite situar también a las costumbres dentro de la jerarquía de las normas, y precisamente a un nivel inferior al de las normas producidas por fuentes formales. En efecto, también las costumbres suponen específicas normas sobre la producción (T12.149) a ellas supraordenadas (T12.150) que en sus fuentes, bien que desprovistas de forma (T12.139), reconozcan las condiciones de eficacia, condiciones como ahora veremos del todo especiales. En el ordenamiento italiano, por ejemplo, las normas que reconocen las fuentes consuetudinarias son

las establecidas por los artículos 1 y 8 de las disposiciones preliminares del Código Civil, que prevén los «usos» como «fuentes del derecho» tras la ley y los reglamentos, añadiendo que «en la materia regulada por leyes y por reglamentos tienen eficacia sólo cuando exista remisión por parte de éstos». Sin normas como éstas y sin el acto legislativo que las establece, no existirían normas jurídicas consuetudinarias (T12.151)⁴⁵.

T12.149 (y)(CNSy \rightarrow ($\exists r$)($\exists x$)($\exists x'$)(NORr · REGrx · FOIxy · EFFrx' · FOFx'r)) D12.33, D9.3, D12.32, D8.2, D5.1

T12.150 (y)(CNSy \rightarrow ($\exists r$)($\exists x$)(NORr · GSOry · REGrx · FOIxy)) T12.149, D5.4, D12.32, D8.2

T12.151 (y)(\neg ($\exists r$)($\exists x$)(NORr · REGrx · FOIxy) \rightarrow \neg CNSy) T12.149

Las costumbres, sin embargo, son normas con unas características por completo singulares. Ante todo, como resulta de nuestra definición, están necesariamente dotadas de un cierto grado de efectividad (T12.152): una norma consuetudinaria inefectiva es una contradicción en sus términos. Existe siempre, consiguientemente, un cierto acto que es su observancia (T12.153): lo que indica, en segundo lugar, que son siempre normas deónticas (T12.154) y nunca constitutivas. En tercer lugar, con derogación del principio iuspositivista, su criterio de justificación y su fundamento de legitimidad son los inmediatamente sustanciales de su intrínseca racionalidad, justicia u oportunidad, criterio expresado por la llamada *opinio iuris ac necessitatis*, es decir, por el sentido compartido de obligatoriedad a ellas asociado. En cuarto lugar —y éste es ciertamente su aspecto más singular— sus actos de observancia constituyen también su propia fuente (T12.155).

T12.152 (r)(CNSr \rightarrow ETTⁿr) D12.33, D4.12, T4.66

T12.153 (r)(CNSr \rightarrow ($\exists^n x$)(ATTx · OSSxr)) D12.33, D9.3

T12.154 (r)(CNSr \rightarrow ($\exists x$)NDErx) T12.153, T4.66, D8.5, T12.146

T12.155 (r)(CNSr \rightarrow ($\exists^n x$)(ATTx · OSSxr · FONxr)) D12.33, D9.3, D8.2, D5.1

En aparente contraste con la estructura en grados propia de la fenomenología nomodinámica de las fuentes formales señalada desde el § 5.8, en el caso de la costumbre la regla de un acto parece pues coincidir con su efecto: viene reconocida como norma de un acto en tanto en cuanto ese acto, con su repetición, la produzca o reproduzca como regla de sí mismo. Cabría decir, si no fuese un contrasentido, que costumbres y fuentes consuetudinarias son normas y actos en relación de grado consigo mismos, además de, como se acaba de ver (T12.150), con las normas y fuentes formales por las que son jurídicamente reconocidas. Sin embargo, todo esto es sólo en apariencia una aporía. Las relaciones (no de grado) que mantienen las costumbres con los actos que son sus fuentes (las primeras como efectos de los segundos) y de tales actos con las costumbres mismas (los primeros como observancia de las segundas) no son en reali-

dad consigo mismas, sino con normas y actos antecedentes (o consecuentes) aunque del mismo tipo o nivel: precisamente, tanto unas como otros vienen subordinados a aquellos que representan sus «precedentes», y supraordenados con respecto a aquellos para los que son «precedentes».

Se comprende cómo esta especial naturaleza de las costumbres incide profundamente sobre las condiciones de su existencia y legitimidad. Al tratarse de actos informales, no puede evidentemente hablarse de validez o invalidez de las fuentes consuetudinarias (T12.156), ni de legitimidad o ilegitimidad de las costumbres. A propósito de las costumbres, se puede hablar únicamente de coherencia (*secundum legem*) o de incoherencia (*contra legem*) con las normas producidas por fuentes formales. Sin embargo, el vicio sustancial de las costumbres que proviniese de su incoherencia con las leyes determinaría, al igual que su ineffectividad, la inexistencia (T12.157), mucho más que la ilegitimidad. En efecto, pues, por definición sólo son costumbres las efectivas y *secundum legem*.

T12.156 (r)(CNSr \rightarrow ($\exists x$)(FOIxr \cdot \neg VALx \cdot \neg INVx))

T12.143, D12.32, T9.15, T9.170

T12.157 (y)(($\exists r$)($\exists x$) \neg (COEyr \cdot NORr \cdot SIGrx \cdot CAUxr \cdot FOFxr \cdot VALx) \vee

\neg ETTⁿy) \rightarrow \neg CNSy)

D12.33, T12.152

De aquí se deriva una coincidencia —éste es el quinto rasgo característico de este tipo de normas— entre efectividad, existencia y (no pudiéndose hablar de legitimidad) regularidad de las costumbres. Que son rasgos comunes con el poder constituyente que también es siempre efectivo (T12.16) y del que tampoco puede predicarse la legitimidad o ilegitimidad jurídica (T12.11). Por lo demás, hay otras analogías entre los fenómenos consuetudinario y constituyente: como las fuentes consuetudinarias, también el acto constituyente es una fuente informal (T12.158), de manera que son informales tanto la fuente de la constitución como las de las costumbres (T12.159). Además, del mismo modo que se requiere una cierta observancia para las normas consuetudinarias (T12.155), también el poder constituyente postula la existencia del acto que es su ejercicio (T12.15). La diferencia es que mientras que la constitución, el acto y el poder constituyente se hallan en el vértice del sistema, las fuentes consuetudinarias y las costumbres ocupan su nivel más bajo. Por tanto, en el vértice y en la base del sistema de fuentes existe una fuente informal dotada de efectividad. Como se dijo al final del § 6.7, *ex facto oritur ius, ad factum pervenit ius*.

T12.158 (x)((ACTx \vee (FONxy \cdot CNSy)) \rightarrow ($\exists r$)FOIxy)

T12.45, T12.43, D12.32, T12.144

T12.159 (r)(w)((NCSrw \vee CNSr) \rightarrow ($\exists x$)FOIxr)

T12.119, T12.43, D12.32, T12.143

Añado que el fenómeno de la costumbre, que hasta hace algunos decenios aparecía, por su carácter informal, como un residuo premo-

dermo y relativamente marginal, ha adquirido, con la crisis moderna del monopolio estatal de la producción jurídica y con la consiguiente incertidumbre sobre la jerarquía de las fuentes, una relevancia y una centralidad que no tiene precedentes en la historia del derecho moderno. Por dos razones. La primera es el espacio nuevo y creciente que en la época de la globalización ha ocupado la *lex mercatoria*, cuya principal fuente y fundamento, como se verá en el § 16.11, es precisamente la costumbre, es decir, la *opinio iuris ac necessitatis* con que cuentan —en el vacío de derecho público heterónomo que, como también se verá, caracteriza al mercado global y a las relaciones económicas internacionales— las normas producidas por la autonomía privada o negocial y que reside cuando menos en el consenso de los contratantes y en las prácticas contractuales.

La segunda razón es de carácter más general, pero también típica de la crisis del monopolio estatal y más específicamente legislativo de la producción del derecho y del papel cada vez más amplio de la producción jurídica de tipo jurisprudencial, y ello en los sistemas de *civil law* y no sólo en los de *common law*. En efecto, forman parte del fenómeno *lato sensu* consuetudinario no sólo los usos propiamente dichos, sino también los vínculos que en todos los ordenamientos —de hecho, si no de derecho— generan los llamados «precedentes». Y aquí entran en particular los precedentes judiciales, o sea, las costumbres interpretativas: que no son sino las interpretaciones consolidadas de todos los textos normativos producidos por fuentes formales, desde las normas legales a las constitucionales, que precisamente por esto, o sea, por su constante repetición, resultan acreditadas como interpretaciones «dominantes» y consideradas como vinculantes⁴⁶. Se trata de un fenómeno conectado a la naturaleza lingüística del derecho, que como he dicho más veces es un mundo de signos y de significados: que se consolidan, como en todas las lenguas, sobre la base de los usos y de las reglas de uso espontáneamente producidas y acreditadas por la práctica cotidiana.

12.16. *Democracia formal y democracia sustancial.* *Constitución, esfera pública y pueblo*

Como se ha visto en el § 12.10, nuestra definición de ‘constitución’ contiene de un lado su noción estructural, ligada a la colocación en el vértice del ordenamiento, y nos sugiere de otra parte su noción axiológica, referida a los contenidos que se requieren para las instituciones constitucionales como condiciones de su carácter democrático. Esta segunda noción, a su vez, aparece articulada en dos partes, según que tales contenidos se requieran por las normas formales identificadas por sus normas de reconocimiento o por las sustantivas correspondientes a su razón social. Correlativamente a estas dos clases de normas constitucionales, formales y sustantivas, distinguiré pues, en relación tanto con la noción de

‘constitución democrática’ como con la de ‘democracia constitucional’, una *dimensión formal* y una *dimensión sustancial*. Se trata de las dos dimensiones correspondientes a las dos clases de normas que componen todas las constituciones modernas de los ordenamientos democráticos, casi siempre divididas en dos partes: una parte dedicada a la organización de los poderes públicos y otra que habitualmente la precede y que contiene la declaración de los derechos fundamentales de las personas y de los ciudadanos.

La dimensión formal es la determinada por las normas de reconocimiento del ordenamiento constitucional, que al igual que las de todos los estatutos (T10.103), son metanormas formales (T12.160) cuyo objeto está a su vez constituido por normas formales y precisamente por normas de competencia (T12.161). Como ya he dicho, estas normas de reconocimiento establecen cuatro principios (T12.162) como condiciones de la democracia constitucional: ante todo, el principio de la representatividad política de las funciones de gobierno, tanto legislativas como ejecutivas, cuya competencia es confiada a funcionarios elegidos mediante el ejercicio de los derechos políticos de sufragio (T12.113, D12.4); en segundo lugar, el principio organizativo de la división de todo poder, cuyo ejercicio se distribuye siempre entre varios órganos y/o funcionarios (T12.114, D12.5); en tercer lugar, el principio de la separación, tanto orgánica como funcional, de las funciones de garantía con respecto a las funciones de gobierno (T12.115, D12.8-D12.10); en cuarto lugar, el principio de la autodeterminación del individuo, mediante el ejercicio de los derechos civiles, en orden a las situaciones pertenecientes a su esfera privada (T12.116).

T12.160 (r)(w)(z)((NPRr · CSTwz · NRIrz · ORDz) → NFOR) T12.81, T10.103
T12.161 (r')(w)(z)((NPRr' · CSTwz · NRIr'z · ORDz) → (∃r'')NCPr'r'')

T12.81, T10.105

T12.162 (z)(w)(DCOzw → ((∃y)(FGOy → (∃r)(NRIrw · SPUwy · RPPry)) ·

(∃y)(FPUy → (∃r)(NRIrw · SPUwy · DVPr'y)) · (∃y)(FGAy →

(∃r)(NRIrw · SPUwy · SEPr'y)) · (∃r)(∃y)(∃x')(∃y')(NRIrw · SPRwy ·

NIPry · REGrx' · SITy · DISy · EFFyx' · ESEx'y · DCIy') ·

(∃r)(∃y)(RASrw · GARry · LIBy · DSOy · DVIy · NSOy)))

T12.113, T12.114, T12.115, T12.116, T12.117

La dimensión formal de la democracia se articula a su vez en dos modalidades: la *política* y la *civil*. La dimensión *política* está asegurada por la legitimación representativa de las funciones de gobierno, confiada a sujetos elegidos a través del ejercicio de esos derechos fundamentales que son los derechos políticos, así como por su división interna y por la separación de las funciones de garantía, legitimadas estas últimas en cambio por la rígida aplicación de la ley, no sólo formal sino también sustancial. La dimensión *civil* por su parte viene asegurada por la atribución al solo ejercicio de los derechos civiles de autonomía de la disponibilidad de las situaciones pertenecientes a la esfera privada.

Si la dimensión formal de la democracia constitucional es expresión de sus normas de reconocimiento, la dimensión sustancial lo es de su razón social: que, al igual que la razón social establecida por el estatuto de cualquier otra institución (T10.104, T10.106, T10.108), es un conjunto de metanormas sustantivas (T12.163) dispuestas para la garantía de expectativas estipuladas a su vez por normas sustantivas (T12.164). Como se ha visto, en la democracia constitucional estas expectativas son los derechos fundamentales: los derechos de libertad, en cuya garantía reside la dimensión *liberal*, y los derechos sociales en cuya garantía reside la dimensión *social* de la democracia. «La declaración de derechos contiene las obligaciones del legislador», dice el artículo 1 de la segunda parte de la Constitución francesa de 1795, aquí formalizado en las tesis T11.14, T10.178-T10.179 y T11.102-T11.110. Y estas obligaciones no son otra cosa que los límites y los vínculos fundamentales (D11.24 y D11.25) en que consisten, respectivamente, las garantías de los derechos de libertad y de los derechos sociales (T11.107-T11.111).

T12.163 (r)(w)(z)((NPRr · CSTwz · RASrz · PARz) → NSOr) T12.81, T10.104
 T12.164 (r')(w')(z)((NPRr' · CSTwz · RASr'z · PARz) →
 (∃r'')(NDEr' · GARr'r' · NSOr'')) T12.81, T10.106

De aquí resulta una noción relativamente precisa de la dimensión sustancial de la democracia constitucional. En sentido sustancial, la democracia constitucional es aquel sistema político cuya razón social es la garantía de los derechos vitales en ella estipulados (T12.165, T12.117). Insisto en este nexo, expresado por la definición de ‘derechos vitales’, entre derechos fundamentales y paz: la garantía de la paz implica la garantía de todos los derechos configurados como vitales (T12.166).

T12.165 (z)(w)(DCOzw → (∃r)(∃y)(RASrw · GARry · DVIy · NSOy)) T12.117
 T12.166 (r)(y')((GARry' · PACy') → (y'')(DVIy'' → GARry'')) D12.21

Por otra parte, procede hacer una última, aunque obvia, precisión. Como se dijo en el capítulo XI, los derechos fundamentales no son necesariamente constitucionales. Sucede a menudo que aparecen introducidos también por leyes ordinarias. Además, como he afirmado en el § 12.10, nuestra definición de ‘constitución’ no se compromete con la tesis de que las constituciones instituyen derechos fundamentales. Dice sólo que las constituciones que los establecen *se democratizan*, postulando también los deberes que representan su garantía primaria. Diremos por tanto que los derechos fundamentales son «constitucionales» si y sólo si, como es obvio, están establecidos en las constituciones, o sea, en aquellas normas que, según la noción estructural de ‘constitución’ formulada por la primera parte de nuestra definición, se sitúan en el vértice del sistema; y que es su estipulación en la constitución, esto es, en el vértice de la jerarquía de las normas, la que impone su garantía a

cargo de todos los poderes públicos, incluido el poder legislativo. En efecto, gracias a su rango constitucional es como tales derechos pueden ser identificados con las normas sustantivas sobre la producción legislativa y conjuntamente con las condiciones normativas de la que he llamado la dimensión «sustancial» de la democracia constitucional.

De este modo se precisa el papel de las constituciones democráticas en relación con los respectivos ordenamientos democráticos. De un lado, sirven para definir, junto a la razón social de la institución política, *la esfera pública* con ellas instituida: la que al final del capítulo XI he identificado con el conjunto de las situaciones y de las funciones de interés general (T11.142, T11.144) y que ahora cabe identificar más precisamente con el conjunto de los derechos vitales constitucionalmente estipulados (T12.167). De otro lado, sirven para ligar la esfera pública a las personas de carne y hueso: al consistir los derechos fundamentales, como se ha mostrado en el § 11.1, en reglas y precisamente en normas tético-deónticas (T11.16, T11.20), de aquí se deriva la tesis, central en la teoría de la democracia, de que sus titulares son también titulares (y no simplemente destinatarios) de la parte sustancial de la constitución, es decir, de las normas constitucionales mediante las que esos derechos son establecidos (T12.168).

T12.167 (w)(z) (y)((CSTwzy · DEMw) → (∃r)(RASrw · GARry · DVIy ·
 (INSwy → SPUwy))) T12.92, T11.138, D12.21
 T12.168 (z)(y)(w)(z')((TITzy · DFOy · CSTwz'y) → (TITzy · NCSyw · DFOy))
 D12.22, D12.24, T11.17

Es en esta común titularidad de la constitución, consiguiente a la titularidad de los derechos universalmente conferidos, donde reside la *soberanía*, en el único sentido en que es todavía posible, en democracia, hacer uso de esta vieja palabra: como conjunto de los fragmentos de soberanía popular atribuidos a todos y a cada uno que son justamente los derechos fundamentales. De otro lado, como mejor se verá en el próximo capítulo, si todos somos titulares de la constitución en cuanto titulares —como personas y/o ciudadanos y/o capaces de obrar— de los derechos fundamentales por ella adscritos, entonces la constitución es patrimonio de todos y ninguna mayoría puede proceder a su supresión o menoscabo si no es a través de un golpe de estado o de una ruptura ilegítima del pacto de convivencia. También por esto, una vez estipulados constitucionalmente, los derechos fundamentales no se hallan en el ámbito de disponibilidad de la mayoría y deberían quedar sustraídos también al poder de revisión: mejor dicho, sólo debería ser admitida su extensión y nunca su restricción ni, mucho menos, su supresión.

Hay además otra importante implicación en el nexo que hemos establecido en este capítulo entre la democracia constitucional, en sus distintas dimensiones, y las correspondientes clases de derechos fundamentales. Contrariamente a un difundido lugar común⁴⁷, tanto la esfera

pública como la sociedad civil no son en absoluto un presupuesto, sino un efecto de la estipulación constitucional de la igualdad jurídica. Ya he mostrado que es la igualdad en los derechos fundamentales la que constituye la esfera pública (T11.138, T11.140) y no a la inversa, al ser la esfera pública generada por la constitución que, si es democrática, establece aquellos derechos como derechos vitales de todos (T12.93). Una argumentación análoga puede hacerse para la relación entre pueblo o sociedad civil y constitución. El pueblo, se ha dicho en el § 7.10, no es un «cuerpo político» orgánico, es decir, una suerte de macrosujeto dotado de una imposible e impensable identidad y voluntad unitaria. Al contrario, como dijimos en la definición D7.16 y después en las tesis T7.87-T7.89, es un sujeto colectivo cuyos componentes están unidos solamente por la titularidad de las mismas modalidades constituyentes o expectativas constituidas. De donde se sigue —podemos ahora precisar, dando la vuelta a la idea de que la constitución presuponga un *demos* del que sería expresión— que el pueblo, del mismo modo que la esfera pública, está constituido justamente por la común titularidad, atribuida a cada uno de sus componentes, de los mismos derechos fundamentales (T12.169), es decir, por la igualdad *en droits* entre ellos instituida por el pacto constitucional (T2.170, T12.171).

T12.169 (w)(z)(y')(y'')((SOGw · COLwz · SOGz · IMPzy' · INTy' · TITzy" · DFOy") → POPwz) T7.89, T10.127, T10.150, T11.1, D8.3, T11.20
 T12.170 (w)(z)(y')(y'')((SOGw · COLwz · SOGz · IMPzy' · INTy' · UGUzy" · DFOy") → POPwz) T12.169, T11.125
 T12.171 (w)(z)(y')(y'')((SOGw · COLwz · SOGz · IMPzy' · INTy' · UGUzy" · DFOy" · NCSy") → POPwz) T12.170

Es pues la igualdad en los derechos fundamentales, y no ya una supuesta voluntad común de una supuesta entidad colectiva orgánica, la que genera la «unidad de un pueblo», en el único sentido en que de una tal unidad se puede hablar en democracia. Por lo demás, ésta es una antigua idea. Recuértese la hermosa definición ciceroniana del pueblo: «populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus»⁴⁸. ¿Y qué es, según Cicerón, lo que mantiene unido un pueblo, mejor dicho, una «sociedad civil»? Es el *civilis societatis vinculum* generado por la *lex aequalis*, por la *par condicio civium*, por los *iura paria* mediante los que todos sus componentes se hallan unidos⁴⁹: esto es, por la igualdad en los derechos fundamentales.

Diremos por tanto que un pueblo se reconoce como tal en el momento en que los consociados, bien que distintos y acaso hostiles, se reconocen como iguales sobre la base del pacto constitucional mediante el que se acuerda la igualdad en los intereses generales o de todos y, especialmente, en los derechos fundamentales a todos conferidos. En suma, al igual que la esfera pública y la soberanía popular, también el pueblo,

o sea, la sociedad civil, es generado por la convención constitucional de la igualdad y de la igual dignidad de todos, mediante la que se abandona la condición incivil del estado de naturaleza y de la ley del más fuerte y se da vida a la *civitas, quae est constitutio populi*⁵⁰, según otra bella imagen de Cicerón.

12.17. *Constitución y leyes entre legitimidad e ilegitimidad, validez e invalidez, efectividad e ineffectividad*

Como se ha visto, el sistema de las fuentes y de las normas aquí delineado se ajusta a la estructura en grados en la que se articulan todos los ordenamientos complejos, teorizada por Hans Kelsen. En virtud de esta estructura las fuentes, y consiguientemente las normas por ellas producidas, no se encuentran todas en el mismo grado o nivel, sino que están jerárquicamente dispuestas en varios niveles, de manera que toda norma tiene una fuente de la que trae legitimidad, que a su vez es regulada por normas sobre la producción de las que obtiene validez, a su vez producidas por fuentes igualmente reguladas por normas, hasta llegar a una fuente originaria, ni válida ni inválida, que es el acto constituyente y que a su vez es actuación de aquel poder originario y desregulado, ni legítimo ni ilegítimo, que es el poder constituyente.

Volveré en el próximo capítulo sobre la relación entre el poder constituyente y el acto constituyente con que se instaura el ordenamiento y se agota hacia arriba la secuencia vertical de las fuentes y de las normas. Aquí interesa identificar la relación hacia abajo que, en la democracia constitucional, se mantiene entre las normas constitucionales producidas por el acto constituyente y los actos legislativos, así como entre las normas legales y las decisiones por ellas reguladas. Esta relación, mediada por la relación de grado entre fuentes y normas, consiste en el hecho de que los actos legislativos y las otras disposiciones, al consistir en el ejercicio de otros tantos poderes, son regulados por normas sobre su producción —respectivamente constitucionales y legislativas— que condicionan, como he mostrado en el capítulo IX, tanto la vigencia como la validez. Concretamente, son regulados por normas formales, de cuya observancia depende su vigencia (T9.142) y su validez formal (T9.153), y por normas sustantivas, de cuya observancia depende su validez sustancial (T9.155). Los vínculos sustanciales impuestos a las leyes por las constituciones, conviene añadir, en democracia no son sino los derechos fundamentales estipulados como vitales y los correspondientes deberes impuestos a los poderes públicos.

Podemos ahora precisar sucesivamente estas tesis con referencia a la constitución y a las leyes, así como a sus fuentes. Por tanto, diremos que una norma legal, al ser el efecto de un acto legislativo (T2.172), es legítima si éste es válido (T12.173), o sea, conforme en las formas y coherente en los significados con las normas constitucionales formales y

sustantivas sobre su producción (T12.174); que al contrario es ilegítima si es efecto de un acto legislativo inválido (T12.175) por incorrección de sus formas o por incoherencia de sus significados con los expresados por la constitución (T12.176). Más en general, todas las normas producidas por actos preceptivos no constituyentes son legítimas o ilegítimas, y antes aún existentes, según que sean válidas o inválidas, y antes aún vigentes, sus fuentes legislativas o reglamentarias.

T12.172 $(r)(w)(NLErw \rightarrow (\exists x)(EFFrx \cdot ALExr))$
D12.27, D12.26, D8.2, D5.1, D12.25, D9.9

T12.173 $(r)(w)(NLErw \rightarrow ((\exists x)(EFFrx \cdot SIGyx \cdot ALExr \cdot VALx) \rightarrow LGTr))$
D9.26, D12.25, D9.9

T12.174 $(x)(y)(ALExy \rightarrow ((\exists r)(\exists w)(NCSrw \cdot NPRrx) \cdot (VALx \equiv (AFOx \cdot (r)((f)(FORfx \rightarrow (COFfr \cdot NFORx)) \cdot (\exists y)(NSOrx \rightarrow (SIGyx \cdot COEyr))))))$
D12.25, D9.17

T12.175 $(r)(w)(NLErw \rightarrow ((\exists x)(EFFrx \cdot SIGyx \cdot ALExr \cdot INVx) \rightarrow ILGr))$
D9.27, D12.25, D9.9

T12.176 $(x)(y)(ALExy \rightarrow ((\exists r)(\exists w)(NCSrw \cdot NPRrx) \cdot (INVx \equiv (AFOx \cdot (\exists r)((f)(FORfx \cdot \neg(COFfr \cdot NFORx)) \vee (y)(NSOrx \cdot \neg(SIGyx \cdot COEyr))))))$
D12.25, T9.181

De otro lado, se puede demostrar que existe una correlación biúnívoca entre la efectividad de las normas sobre la producción, tanto formales como sustantivas, y la validez y la legitimidad de las fuentes y de las normas producidas. En efecto, si una norma es norma de otra norma, la efectividad de la primera, al consistir en el cumplimiento de las obligaciones y de las prohibiciones por ella impuestas (T8.91) a la producción normativa, implica la validez de la fuente que da vida a la segunda (T12.177). Concretamente, la efectividad de las metanormas formales implica la vigencia y la validez formal de las fuentes producidas en conformidad con ellas, y viceversa; la efectividad de las metanormas sustantivas implica la validez sustancial de las fuentes productivas de normas coherentes con ellas, y viceversa. De aquí se deriva que la efectividad de las normas constitucionales sobre la producción comporta la validez de los actos legislativos y la legitimidad constitucional de las normas legales producidas (T12.178); del mismo modo que la invalidez de los actos legislativos y por tanto la ilegitimidad constitucional de las leyes que son su producto indican la ineffectividad de al menos alguna de las normas constitucionales (T12.179). Lo mismo puede repetirse para las relaciones entre la efectividad o la ineffectividad de las leyes de un lado y, de otro, la validez e invalidez de las disposiciones administrativas y la legitimidad e ilegitimidad de los reglamentos por éstas producidos.

T12.177 $(r)(x)((ETT^nr \cdot NPRrx) \rightarrow (\exists^nx)(OSSxr \cdot VALx))$
D9.13, T8.91, T9.166

T12.178 $(r)(x)(y)((ETT^nr \cdot NCSrx \cdot NPRrx \cdot ALExy \cdot APRxy) \rightarrow (\exists^nx)(OSSxr \cdot VALx \cdot LGTy \cdot NORy))$
T12.177, D9.26, T9.67, D8.2, D12.25

T12.179 $(x)(y)((INVx \cdot ALExy) \rightarrow (\exists r)(INEr \cdot NPRrx))$ D9.13, T8.92, T9.187

En suma, la validez de las fuentes y la legitimidad de las normas inferiores son el signo de la efectividad de las normas superiores, mientras que la ineffectividad de las normas superiores se manifiesta en la invalidez de las fuentes y en la ilegitimidad de las normas inferiores. Se resuelve así la aporía indicada en el § 1.3 y se manifiestan consecuentemente las opuestas falacias, señaladas desde la Introducción, de las aproximaciones exclusivamente realistas y de las exclusivamente normativistas al análisis del derecho. La teoría, se dijo entonces, y en concreto los principios de la deóntica, tienen validez deóntica y no lógica: prescriben la coherencia que sin embargo, de hecho, puede también estar ausente. Esta prescripción volvemos a encontrarla ahora en la estructura del ordenamiento como prescripción jurídica: la normatividad de nivel epistemológico viene a coincidir con la de nivel jurídico. Lo que depende del hecho de que la teoría refleja la estructura del estado constitucional de derecho, que a su vez tiene detrás un diseño teórico al que responde su construcción y que resulta explicitado por la teoría. Por eso podemos hablar de una «lógica» (y contestar la eventual «ilogicidad») del estado constitucional de derecho ligada a su estructura normativa, es decir, de una lógica del objeto mismo de la teoría: porque el derecho positivo de la democracia constitucional que es objeto de nuestra investigación no es un fenómeno de la naturaleza, sino que es un universo lingüístico artificial, y su estructura es una estructura lógica, en la cual está prescrita pero no dada —debe existir, pero de hecho no siempre existe— la coherencia entre los distintos niveles normativos del ordenamiento. Y esto explica también el sentido de una teoría axiomatizada: por qué la misma resulta posible para el derecho, mientras que es probablemente imposible para otras disciplinas, y por qué además es oportuna si queremos no sólo hacer explícita la estructura de nuestro objeto de investigación, sino también proporcionar sus criterios de racionalización.

12.18. *Las cuatro democracias: democracia política, democracia civil, democracia liberal, democracia social*

Llegados a este punto, es fácil comprender cómo, en el paradigma del estado constitucional de derecho, la teoría de la validez constituye la base de la teoría de la democracia constitucional. En efecto, forma y sustancia —una referida al quién y al cómo, la otra al qué de las decisiones— se corresponden con las dos dimensiones, la una formal y la otra sustancial, tanto de la democracia como de la racionalidad jurídica. De un lado, la vigencia y la validez formal, atendiendo a las formas y a las normas formales, satisfacen el *principio de mera legalidad*, que a su vez es la característica de la democracia política y de la racionalidad formal: la legalidad, o sea, la forma democrática de la producción legislativa,

es en tal caso *condicionante* de la validez de los actos regulados por las leyes. De otra parte, la validez sustancial, atendiendo a los contenidos y a las normas sustantivas, satisface el *principio de estricta legalidad* que a su vez caracteriza a la democracia sustancial: la legalidad, o sea, los contenidos democráticos de la producción legislativa, es en este caso *condicionada* por la validez de las leyes producidas, es decir, por su coherencia con las opciones constitucionales con las que viene diseñada la producción del derecho.

Estas dos dimensiones de la legalidad y de la validez se corresponden con otras tantas dimensiones de la democracia constitucional. Las normas formales sobre las condiciones de la vigencia y de la validez formal, atendiendo a las formas de las decisiones, esto es, a la determinación de *quién decide* y a la regulación de *cómo decide*, son las normas que definen la *dimensión formal* de la democracia, de la que constituyen las *normas de reconocimiento*. Las normas sustantivas sobre las condiciones de la validez sustancial, atendiendo a los contenidos de las decisiones, es decir, a la estipulación de *qué no está permitido decidir* y de *qué no está permitido no decidir*, son a su vez las normas que definen la *dimensión sustancial* de la democracia, de la que establecen la *razón social*. Tanto unas como otras están aseguradas por los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos: la dimensión formal por los derechos secundarios, divididos a su vez en derechos políticos y derechos civiles; la dimensión sustancial por los derechos primarios, divididos a su vez en derechos de libertad y derechos sociales. Nuestra noción de democracia constitucional (D12.23) puede ser por tanto redefinida como una institución política caracterizada por las dos condiciones contrafácticas expresadas por la tesis T12.92: *a*) las normas de reconocimiento consistentes en la representatividad política de las instituciones de gobierno a través del ejercicio de los derechos políticos, en la división y en la separación de los poderes públicos y en la autodeterminación de la esfera privada mediante el ejercicio de los derechos civiles, y *b*) la razón social consistente en la garantía de los derechos de libertad y de los derechos sociales.

T12.180 (z)(w)(DCOzw \rightarrow ($\exists y$)(ISPzw \cdot STTwz \cdot CSTwzy \cdot ($\exists r$)(NRIrw \cdot SPUwy \cdot (FPUy \rightarrow (NFOy \cdot DVPray)) \cdot (FGOy \rightarrow ($\exists x'$)($\exists x''$)($\exists y'$)(NFOy \cdot RPPry \cdot EFFyx' \cdot VOZx'x'' \cdot ESEx''y' \cdot DPLy')) \cdot (FGAy \rightarrow (NFOy \cdot SEPray))) \cdot ($\exists r$)(NRIrw \cdot SPRwy \cdot ($\exists x'$)($\exists y'$)(NIPry \cdot REGrx' \cdot SITy \cdot DISy \cdot EFFyx' \cdot ESEx'y' \cdot DCIy')) \cdot ($\exists r$)(RASrw \cdot GARry \cdot LIBy \cdot DVIy \cdot NSOy)) \cdot ($\exists r$)(RASrw \cdot GARry \cdot DSOy \cdot DVIy \cdot NSOy)))

D12.23, T12.92

Por tanto, si descomponemos esta tesis se obtienen las dos dimensiones de la democracia constitucional, formal y sustancial. Llamaré '*democracia formal*' a cualquier institución política que tenga como normas de reconocimiento de la esfera pública la división de las funciones públicas, la forma representativa de la función de gobierno mediante el ejercicio

de los derechos políticos de sufragio y la separación de las funciones de garantía, y por norma de reconocimiento de la esfera privada la autodeterminación de las situaciones disponibles a través del ejercicio de los derechos civiles. Llamaré en cambio '*democracia sustancial*' a la democracia formal que además tenga como razón social la garantía de los derechos primarios de libertad y de los derechos sociales.

D12.34 '*Democracia formal*' es una institución política que, en virtud de su constitución, tiene a) como normas de reconocimiento de la esfera pública la división de los poderes, la representatividad política de las funciones de gobierno mediante el ejercicio de los derechos políticos y la separación de las funciones de garantía, y b) como normas de reconocimiento de la esfera privada la producción de las respectivas situaciones disponibles mediante el ejercicio de los derechos civiles.

$$(z)(w)(DCFzw \equiv (\exists y)(ISPzw \cdot STTwz \cdot CSTwzy \cdot (\exists r)(NRIrw \cdot SPUwy \cdot (FPUy \rightarrow (NFOy \cdot DVPr y)) \cdot (FGOy \rightarrow (\exists x')(\exists x'')(\exists y')(NFOy \cdot RPPry \cdot EFFyx' \cdot VOZx'x'' \cdot ESEx'y' \cdot DPLy')) \cdot (FGAy \rightarrow (NFOy \cdot SEPr y))) \cdot (\exists r)(NRIrw \cdot SPRwy \cdot (\exists x')(\exists y')(NIPry \cdot REGrx' \cdot SITy \cdot DISy \cdot EFFyx' \cdot ESEx'y \cdot DCIy')))))$$

D12.35 '*Democracia sustancial*' es la democracia formal que, en virtud de su constitución, tiene como razón social la garantía de los derechos de libertad y de los derechos sociales estipulados como vitales por sus normas sustantivas.

$$(z)(w)(DCZzw \equiv (\exists y)(DCFzw \cdot STTwz \cdot CSTwz \cdot (\exists r)(RASrw \cdot GARry \cdot LIBy \cdot DVly \cdot NSOy) \cdot (\exists r)(RASrw \cdot GARry \cdot DSOy \cdot DVly \cdot NSOy)))$$

La democracia constitucional será caracterizada como la conjunción de la democracia formal y de la democracia sustancial.

T12.181 $(z)(w)(DCOzw \rightarrow (DCFzw \cdot DCZzw))$ T12.180, D12.34, D12.35

Ahora bien, las dos dimensiones, la formal y la sustancial de la democracia, consisten, a su vez, la primera en la conjunción de las normas de reconocimiento de la esfera pública y de la esfera privada, la segunda en la conjunción de la razón social de la garantía de los derechos de libertad y de la razón social de la garantía de los derechos sociales. Descomponiendo las dos definiciones D12.34 y D12.35, obtendremos por tanto las cuatro dimensiones de la democracia constitucional correspondientes a las cuatro clases de derechos fundamentales distinguidos por nuestra tesis T11.73: la *democracia política* asegurada, en la esfera pública, por la división de las funciones públicas, por la representatividad de las funciones de gobierno mediante el ejercicio de los *derechos políticos* y por la separación de estas últimas con respecto a las funciones de garantía; la *democracia civil* asegurada, en la esfera privada, por la producción de las situaciones disponibles mediante el ejercicio de los

derechos civiles; la democracia liberal, consistente en la garantía de los derechos de libertad; la democracia social consistente en la garantía de los derechos sociales.

D12.36 *La 'democracia política' es una institución política que, en virtud de su constitución, tiene como normas de reconocimiento de la esfera pública la división de los poderes, la representatividad política de las funciones de gobierno a través del ejercicio de los derechos políticos y la separación de estas últimas con respecto a las funciones de garantía.*

$$(z)(w)(DCP_{zw} \equiv (\exists y)(\exists r)(ISP_{zw} \cdot STTwz \cdot CSTwz \cdot NRIr_{w} \cdot SPUwy \cdot (FPUy \rightarrow (NFOy \cdot DVPr_{y})) \cdot (FGOy \rightarrow (\exists x')(\exists x'')(\exists y')(NFOy \cdot RPP_{y'} \cdot EFFyx' \cdot VOZx'x'' \cdot ESEx''y' \cdot DPLy')) \cdot (FGAy \rightarrow (NFOy \cdot SEPr_{y'}))))$$

D12.37 *La 'democracia civil' es la democracia política que, en virtud de su constitución, tiene como normas de reconocimiento de la esfera privada la producción, por obra del ejercicio de los derechos civiles, de las situaciones disponibles a ella pertenecientes.*

$$(z)(w)(DCC_{zw} \equiv (\exists y)(\exists r)(DCP_{zw} \cdot STTwz \cdot CSTwz \cdot NRIr_{w} \cdot SPRwy \cdot (\exists x')(\exists y')(NIPr_{y'} \cdot REGx' \cdot SITy \cdot DISy \cdot EFFyx' \cdot ESEx'y' \cdot DCLy'))))$$

D12.38 *La 'democracia liberal' es la democracia política que, en virtud de su constitución, tiene como razón social la garantía de los derechos de libertad estipulados como vitales por sus normas sustantivas.*

$$(z)(w)(DCL_{zw} \equiv (\exists y)(\exists r)(DCP_{zw} \cdot STTwz \cdot CSTwz \cdot RASr_{w} \cdot GARr_{y'} \cdot LIBy \cdot DVIy \cdot NSOy))$$

D12.39 *La 'democracia social' es la democracia política que, en virtud de su constitución, tiene como razón social la garantía de los derechos sociales estipulados como vitales por sus normas sustantivas.*

$$(z)(w)(DCS_{zw} \equiv (\exists y)(\exists r)(DCP_{zw} \cdot STTwz \cdot CSTwz \cdot RASr_{w} \cdot GARr_{y'} \cdot DSOy \cdot DVIy \cdot NSOy))$$

De aquí se sigue que la democracia formal consiste en la conjunción de la democracia política y de la democracia civil (T12.182); que la democracia sustancial consiste en la conjunción de la democracia liberal y de la democracia social (T12.183); que, en fin, la democracia constitucional consiste en la conjunción de las cuatro democracias: la *política*, la *civil*, la *liberal* y la *social* (T12.184).

$$T12.182 (w)(z)(DCF_{zw} \rightarrow (DCP_{zw} \cdot DCC_{zw})) \quad D12.34, D12.36, D12.37$$

$$T12.183 (w)(z)(DCZ_{zw} \rightarrow (DCL_{zw} \cdot DCS_{zw}))$$

$$D12.35, T12.182, D12.38, D12.39$$

$$T12.184 (w)(z)(DCO_{zw} \rightarrow (DCP_{zw} \cdot DCC_{zw} \cdot DCL_{zw} \cdot DCS_{zw}))$$

$$T12.181, T12.182, T12.183$$

Se habrá advertido que las distintas dimensiones, formas y contenidos de la democracia hasta aquí definidos tienen en común la forma política: la democracia sustancial es también formal (T12.185), y más precisamente política (T12.186), así como lo son la democracia civil, la democracia liberal y la democracia social (T12.87). Obviamente pueden existir, y de hecho históricamente han existido, sistemas políticos y estados de derecho dotados de derechos civiles y/o de libertad y/o sociales, pero no de derechos políticos atribuidos a todos los ciudadanos: basta pensar en las viejas monarquías constitucionales y, más en general, en la mayor parte de nuestros ordenamientos antes de la introducción del sufragio universal. Pero es claro que en todos estos supuestos se podrá hablar de «estado de derecho» liberal y/o social y acaso constitucional, pero no en verdad de «democracia», requiriéndose para ello en todo caso, como condición necesaria aunque no suficiente, el fundamento popular de las decisiones legislativas y de gobierno⁵¹.

T12.185 (z)(w)(DCZzw → DCFzw)	D12.35
T12.186 (z)(w)(DCZzw → DCPzw)	T12.185, T12.182
T12.187 (z)(w)((DCCzw ∨ DCLzw ∨ DCSzw) → DCPzw)	D12.37, D12.38, D12.39

Lo que en cambio caracteriza y distingue a cada una de nuestras cuatro democracias son las específicas y sucesivas condiciones por ellas requeridas. La democracia política y la democracia civil tienen como normas de reconocimiento, respectivamente, las normas sobre la representatividad política de las funciones de gobierno producidas por el ejercicio de los derechos políticos (T12.188) y las relativas a la autodeterminación de la esfera privada a través del ejercicio de los derechos civiles (T12.189). La democracia liberal y la democracia social tienen como razón social, respectivamente, las normas establecidas en garantía de los derechos de libertad (T12.190) y las establecidas en garantía de los derechos sociales (T12.191).

T12.188 (z)(w)(DCPzw → (∃y)(∃r)(NRlrw · SPUwy · (FGOy → (∃x')(∃x'')(∃y') (NFOy · RPPry · EFFyx' · VOZx'x'' · ESEx''y' · DPLy'))))	D12.36
T12.189 (z)(w)(DCCzw → (∃y)(∃r)(NRlrw · SPRwy · (∃x')(∃y')(NIPry · REGrx' · SITy · DISy · EFFyx' · ESEx'y' · DCl'y'))))	D12.37
T12.190 (z)(w)(DCLzw → (∃y)(∃r)(RASrw · GARry · LIBy · DVly))	D12.38
T12.191 (z)(w)(DCSzw → (∃y)(∃r)(RASrw · GARry · DSOy · DVly))	D12.39

De esta manera hemos articulado la noción teórica y axiológica de *democracia constitucional* en cuatro dimensiones, correspondientes a otras tantas clases de derechos fundamentales estipulados en el nivel constitucional y garantizados en el nivel legislativo. A su análisis estará dedicada por entero la cuarta parte de este libro. Ante todo, explicaré en el capítulo XIII el paradigma constitucional como resulta de las dos dimensiones —*formal* y *sustancial*— respectivamente conectadas a los

derechos secundarios o instrumentales (civiles y políticos) y a los primarios o sustantivos (de libertad y sociales). Trataré después, en el capítulo XIV, de las formas de la democracia formal, tanto *civil* como *política*, aseguradas por el ejercicio de los derechos civiles y políticos, así como por la división y la separación de los poderes. Analizaré más tarde, en el capítulo XV, los contenidos de la democracia sustancial, tanto *liberal* como *social*, asegurados por la garantía de los derechos de libertad y de los derechos sociales. En fin, en el capítulo XVI, hablaré de los distintos niveles de la democracia —*internacional, estatal y local*— correspondientes a otros tantos espacios y niveles de las garantías constitucionales, delineando un nuevo paradigma multi-nivel de la democracia constitucional.

12.19. *Niveles de ordenamientos. Federaciones y confederaciones.
Hacia un nuevo paradigma: el constitucionalismo global*

En relación con este último aspecto, multi-nivel, del derecho y de la democracia es por otro lado necesario un último desarrollo de la teoría del derecho, impuesto por las profundas transformaciones sufridas en los últimos decenios por la estructura en grados de las instituciones políticas y de los ordenamientos jurídicos. Esta estructura, en la que se basan las dos dimensiones —la formal y la sustancial— tanto de la validez como de la democracia constitucional, se encuentra hoy profundamente alterada y en gran parte destruida por la crisis del sistema de fuentes, consiguiente a la crisis del Estado nacional soberano. En efecto, en el plano jurídico esta crisis se manifiesta en la devaluación del monopolio estatal de la producción jurídica. De manera que los sistemas jurídicos no pueden seguir presentándose como sistemas cerrados, independientes y unitarios de fuentes y de normas dispuestas en la escala jerárquica representada últimamente con las tesis T12.127 y T12.128. Al contrario, una parte relevante de los poderes normativos, tanto públicos como privados, están desplazados fuera de los confines estatales y de los respectivos ordenamientos, de forma que su ejercicio aparece desvinculado de cualquier escala, red o secuencia normativa. Piénsese en las instituciones financieras internacionales, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y la Organización Internacional de Comercio y, sobre todo, en las grandes empresas transnacionales. Se trata de sujetos que operan todos en el plano global sin legitimación democrática y sin límites ni vínculos sustanciales y que sin embargo inciden sobre la vida de miles de millones de seres humanos, algunas veces de manera más decisiva que los tradicionales poderes estatales.

Como se verá en el capítulo XVI, este fenómeno disuelve el nexo, explicado en los dos párrafos que preceden, entre los distintos tipos de poder, tanto públicos como privados, y su fuente de legitimación que, en la experiencia histórica de las modernas democracias, aseguran las

normas estatales constitucionales o legislativas sobre la representación política y sobre la garantía de los derechos fundamentales. En efecto, democracia política representativa y estado constitucional de derecho hasta hoy han sido modelados a partir de los Estados nacionales, y por ello corren el riesgo de desvanecerse a medida que se desvanece su soberanía. Por ello, en esta época de la globalización una defensa y una refundación de la democracia y del estado de derecho sólo son posibles a través de la institución de nuevos nexos o vínculos entre los modernos poderes extra- o supraestatales y nuevas fuentes de legitimación, formal y sustancial, situadas en su nivel de ejercicio: en pocas palabras, a través de la construcción de una esfera pública global que esté a su altura.

Estos nexos pueden provenir evidentemente sólo de nuevos tipos de integración entre ordenamientos en condiciones de reproducir las dimensiones de la democracia en el nivel supraestatal, y ello gracias a un sucesivo cambio de paradigma respecto a los producidos con el nacimiento del Estado moderno y más tarde con su forma constitucional. Es necesario por tanto introducir un nuevo orden de conceptos, que nos permitirá analizar, en el capítulo XVI, los múltiples niveles del constitucionalismo democrático.

Dividiré a tal fin las instituciones políticas y los respectivos ordenamientos en dos grandes clases: las *instituciones originarias*, que son las instituciones políticas cuyo acto institutivo es un acto constituyente, y las *instituciones derivadas*, que son aquellas otras cuyo acto institutivo es un acto constitutivo cuya válida producción está regulada por normas sobre la producción pertenecientes a otro ordenamiento. La figura de institución originaria sin duda históricamente más importante es el *Estado* nacional. Son en cambio derivadas las instituciones políticas generadas por actos constitutivos regulados por normas de una institución originaria o de otra institución derivada: por ejemplo, las instituciones territoriales como las Regiones, las Provincias y los Municipios, así como todos los variados entes públicos igualmente instituidos dentro del ordenamiento del Estado.

D12.40 '*Institución originaria*' es toda institución política que haya sido producida por un acto constituyente.

$$(z)(w)(ISO_{zw} \equiv (\exists x)(ISP_{zw} \cdot EFF_{zx} \cdot ACT_x))$$

D12.41 '*Institución derivada*' es toda institución política cuyo acto institutivo sea un acto constitutivo.

$$(z)(w)(ISD_{zw} \equiv (\exists x)(\exists y)(ISP_{zw} \cdot EFF_{rx} \cdot AIS_{xz} \cdot ACO_{xy}))$$

De aquí se deduce que mientras que las instituciones originarias no suponen ninguna norma sobre la producción de sus actos fundacionales, que al ser actos constituyentes son a su vez originarios y desregulados (T12.192), las instituciones derivadas, en cuanto producidas por for-

males actos constitutivos, presuponen siempre, como su fundamento, la existencia de normas sobre su formación, pertenecientes obviamente al ordenamiento de otra institución supraordenada (T12.193).

T12.192 (z)(w)(ISOzw \rightarrow ($\exists x$)(EFFzx \cdot ACTx \cdot \neg ($\exists r$)(NFORx v NSORx) \cdot ($\exists y$)(ESExy \cdot POCy))) D12.40, T12.36, T12.39

T12.193 (z)(w)(ISDzw \rightarrow ($\exists x$)($\exists y$)($\exists r$)($\exists f$)(EFFzx \cdot AISxz \cdot AFOx \cdot ACOxy \cdot NFORx \cdot REGrx \cdot REGrf \cdot FORfx)) D12.41, T9.71, T9.92

Las instituciones originarias, a su vez, pueden integrarse y coordinarse entre sí dando vida a metaordenamientos, o sea, a ordenamientos multilaterales o multinivel. Estas formas de integración pueden ser de muy distinta naturaleza: alianzas, confederaciones, federaciones. Las alianzas no dan vida a ninguna institución supranacional. Son simplemente acuerdos o tratados bi- o multilaterales, concluidos por los Estados como sujetos jurídicos del ordenamiento internacional. En cambio, federaciones y confederaciones son instituciones políticas originarias, diferentes y autónomas de las que las componen. En el plano teórico la noción más controvertida, además de la más importante, es ciertamente la de ‘federación’. De ella se han formulado las definiciones más heterogéneas. Son en efecto distintos y controvertidos tanto sus rasgos diferenciadores como los criterios de distinción, por un lado frente a los Estados nacionales, por otro frente a las confederaciones. El vocabulario teórico del que ya disponemos hace posible ahora la estipulación de una definición idónea para acoger no sólo las características necesarias y suficientes, sino también la medida en que tales características concurren en concreto y que permite hablar, en los casos inciertos o fronterizos, de «grado de federalismo».

Podemos caracterizar a las *federaciones* o *instituciones federales* mediante dos elementos: la distribución de las competencias entre instituciones federales e instituciones federadas y la producción, mediante actos realizados por las primeras, de normas que directamente entran en vigor en los ordenamientos de las *instituciones federadas*, definidas a su vez como las instituciones políticas originarias de las que se componen las instituciones federales. A la inversa, las *confederaciones* o *instituciones confederadas* son instituciones originarias formadas por un conjunto de instituciones políticas, también ellas originarias, unidas por normas válidas para todas las instituciones contratantes⁵².

D12.42 ‘Institución federal’ (o ‘federación’) es la institución política originaria compuesta por un conjunto de instituciones políticas (federadas), que tiene como normas de reconocimiento las normas de competencia a) sobre la distribución, por división o separación, entre las funciones (federales) a ella conferidas y las funciones (federadas) conferidas a las instituciones que la componen, así como b) sobre la producción, por efecto de las fuentes que son ejercicio de las funciones federales, de normas que entran inmediatamente en vigor en los ordenamientos federados.

$(w)(z)(FEDwz \equiv (\exists r)(\exists y)(\exists x)(\exists r')(ISPwz \cdot ISOW \cdot INSzw \cdot ISPz \cdot NRIrw \cdot$
 $NCPry \cdot FPUy \cdot ((DIVry \cdot IMPyz) \vee (SEPr y \cdot IMPyw)) \cdot NPRrx \cdot$
 $ESExy \cdot FONxr' \cdot NORr' \cdot INSzr' \cdot ORDz))))))$

D12.43 *'Institución federada' es toda institución política originaria que forma parte de una institución federal.*

$(z)(w)(IFTzw \equiv (ISPzw \cdot ISOzw \cdot INSzw \cdot FEDw))$

D12.44 *'Institución confederal' (o 'confederación') es la institución política originaria compuesta de un conjunto de instituciones políticas (confederadas), que tiene como normas de reconocimiento una o varias normas comunes a todos los ordenamientos confederados.*

$(w)(z)(CFZwz \equiv (\exists r)(ISPwz \cdot ISOW \cdot INSzw \cdot ISPz \cdot NRIrw \cdot NORr \cdot INSzr \cdot$
 $ORDz))$

El rasgo distintivo de las federaciones y de las confederaciones es por tanto que ambas son instituciones consistentes en un conjunto de instituciones generalmente originarias y dotadas cada una de una constitución propia. En los dos casos tendremos, pues, una institución supraestatal que, al igual que todas las instituciones, puede ser considerada como sujeto jurídico caracterizado por una razón social propia y como ordenamiento dotado de normas de reconocimiento de las normas federales o confederales y que, sin embargo, convive con las instituciones estatales a su vez dotadas de constituciones (T12.194). No sólo las instituciones federales y confederales, sino también las instituciones federadas y confederadas son instituciones originarias (T12.195), y se mantienen como tales incluso después del vínculo instituido entre ellas. En efecto, tanto unas como otras son producidas por un acto constituyente: puede tratarse de dos diferentes actos constituyentes, como ocurre cuando varias instituciones originarias se federan en una institución federal, o también de un mismo acto constituyente que da origen simultáneamente a ambas mediante una constitución federal. En fin, es evidente que también las federaciones pueden ser modeladas según el paradigma de la democracia constitucional, si de tal paradigma asumen las norma de reconocimiento de la representatividad política, de la división de poderes y de la separación de las funciones de garantía con respecto a las funciones de gobierno y, sobre todo, la razón social consistente en la garantía de la paz y de los derechos fundamentales (T12.196).

T12.194 $(w)(z)((FEDwz \vee CFZwz) \rightarrow (SGGz \vee ORDz))$

D12.42, D12.44, T11.158

T12.195 $(w)(z)((FEDwz \vee IFTwz \vee CFZwz) \rightarrow ISOW)$

D12.42, D12.43, D12.44

T12.196 $(w)(z)(FEDwz \rightarrow (DCOzw \rightarrow (\exists y)(CSTwzy \cdot (\exists r)(NRIrw \cdot SPUwy \cdot$
 $(FPUy \rightarrow (NFOy \cdot DVPr y)) \cdot (FGOy \rightarrow (\exists x'')(\exists y')(NFOy \cdot RPPry \cdot$

$$\begin{aligned}
 & \text{EFFyx}' \cdot \text{VOZx}'x'' \cdot \text{ESEX}'y' \cdot \text{DPLy}') \cdot (\text{FGAy} \rightarrow (\text{NFOy} \cdot \text{SEPrY}))) \cdot \\
 & (\exists r)(\text{NRIrw} \cdot \text{SPRwy} \cdot (\exists x')(\exists y')(\text{NIPry} \cdot \text{REGrx}' \cdot \text{SITy} \cdot \text{DISy} \cdot \text{EFFyx}' \cdot \\
 & \text{ESEX}'y' \cdot \text{DCIy}')) \cdot (\exists r)(\text{RASrw} \cdot \text{GARry} \cdot \text{LIBy} \cdot \text{DVIy} \cdot \text{NSOy}) \cdot \\
 & (\exists r)(\text{RASrw} \cdot \text{GARry} \cdot \text{DSOy} \cdot \text{DVIy} \cdot \text{NSOy})))
 \end{aligned}
 \quad \text{T12.180}$$

¿Pero cuáles son los rasgos que distinguen a las instituciones federales de las confederales? Según la concepción común, y de acuerdo con la definición aquí propuesta, la federación es una forma de institución política constitucional, considerada por tanto, al igual que cualquier institución, ya como ordenamiento, ya como sujeto artificial, y dotada de una constitución: piénsese en los Estados Unidos, en Suiza o en la Federación Rusa. El hecho de que los Estados miembros estén vinculados, a través de las normas producidas por las fuentes federales, por un *pactum subiectionis* que pone fin a su soberanía no es incompatible con el carácter originario de sus normas de reconocimiento o constituciones. La originalidad no coincide en modo alguno con la soberanía, desvaneciéndose ésta con el acto constituyente de la federación.

Distinto es el caso de las confederaciones. Aquí no tenemos una institución constitucional, al no estar los Estados miembros unidos por un *pactum subiectionis*, sino sólo por un *pactum associationis*. Tendremos simplemente una *institución internacional* —así como el correspondiente ordenamiento y la correspondiente subjetividad jurídica— dotada de órganos comunes pero no supraordenados a los Estados miembros. También esta institución tendrá, en cuanto sujeto o persona jurídica, una razón social, consistente por ejemplo en el reforzamiento de la seguridad a través de una defensa común, o en las comunes exigencias de desarrollo económico o de unidad aduanera o monetaria: pensemos en la OTAN, en el originario Mercado común europeo o en la Organización de las Naciones Unidas. Pero no se tratará de un ordenamiento supraestatal supraordenado a los Estados miembros, que mantienen su soberanía.

Obviamente la forma de integración más avanzada es la federal, caracterizada por un doble nexo entre instituciones federadas: la presencia de instituciones de nivel a ellas supraordenadas en virtud de competencias compartidas o separadas, así como, consecuentemente, la existencia de fuentes productivas de normas que entran en vigor inmediatamente en los ordenamientos federados. En suma, el rasgo distintivo de las federaciones es la comunidad entre las instituciones federadas tanto de órganos como de fuentes federales de producción normativa, y no ya simplemente, como en las instituciones confederadas, de una o más normas pero no de una fuente ni necesariamente de un órgano a ellas supraordenado. Pero también el federalismo es una *cuestión de grado*. De hecho se registran las formas de distribución más diferentes entre órganos federales y federados tanto de las funciones de gobierno como de las funciones de garantía. Por otra parte, en el plano teórico cabe afirmar que el grado de federalismo de un sistema político se mide a través de dos elementos: la cantidad y la calidad de las funciones de garantía

confiadas a las instituciones federales y la cantidad y la calidad de las funciones de gobierno confiadas a las instituciones federadas. El primer elemento indica el grado de federalismo del sistema político respecto a las meras alianzas y las confederaciones; el segundo en cambio nos indica el grado de federalismo respecto al Estado nacional. Como es obvio, esto no excluye en modo alguno que algunas funciones de gobierno —en particular en materia de política internacional, de defensa militar y de política monetaria— estén confiadas también a las instituciones federales, ni que algunas funciones de garantía estén confiadas o compartidas también por las instituciones federadas. Añado que si bien no resulta posible formular en el plano teórico una tipología de las federaciones sobre la base del distinto grado de federalismo, podemos convenir en llamar *Estados federales* a las federaciones en las cuales los órganos federales ejercen la mayor parte de los poderes políticos de gobierno: como los Estados Unidos, Rusia, Alemania federal y gran parte de los Estados de América Latina. Llamaré en cambio *federaciones* en sentido propio a las federaciones no consistentes en Estados en las que las funciones de gobierno son confiadas sobre todo a los Estados federados: un típico ejemplo, como se verá en el § 16.17, es la Unión Europea.

En todos los casos el modelo federal, gracias a la distribución de funciones entre instituciones federales e instituciones federadas y a la producción de normas comunes por parte de las primeras, tiene una doble función. La primera función, sobre la que volveré en el § 16.16, es la limitación de los poderes públicos consiguiente a una separación y/o división del poder de tipo *vertical*, entre instituciones federales y federadas, que se añade a la *horizontal* entre instituciones de gobierno e instituciones de garantía. En efecto, a diferencia de las alianzas y de las confederaciones, la federación comporta una limitación recíproca de la soberanía interna tanto de las instituciones federadas como de las instituciones federales, sin la concentración de las funciones públicas que es propia de las instituciones estatales tradicionales⁵³. Como se verá en el capítulo XVI, sólo una federación mundial estaría además en condiciones de suprimir también la soberanía externa de las instituciones federales.

La segunda función, consiguiente a la anterior, es la garantía de la paz, ciertamente no asegurada, como escribieran Hamilton y Kant, por las simples alianzas y confederaciones que, al no implicar una limitación de la soberanía de los Estados, pueden proporcionar solamente una paz precaria, ligada a los equilibrios contingentes y mudables en sus relaciones de fuerza⁵⁴. Sólo el modelo federal —limitando la soberanía de los Estados federados y poniendo en común algunas funciones, en primer lugar la del uso legítimo de la fuerza— representa una alternativa creíble a la anarquía internacional. Es la idea kantiana según la cual, para garantizar la paz, el «derecho de gentes debe fundarse en una federación de Estados libres», no existiendo para los Estados «otro medio, según la razón, para salir de la situación sin leyes, que conduce a la guerra, que el de consentir leyes públicas coactivas, de la misma manera que los

individuos entregan su libertad salvaje (sin leyes), y formar un *Estado de pueblos* (*civitas gentium*) que siempre, por supuesto, en aumento, abarcaría finalmente a todos los pueblos de la tierra»⁵⁵.

NOTAS

1. Recuérdese el pasaje del *De Cive* de Hobbes sobre los nombres, citado en el § 8.8 y referido en la nota 20 del capítulo VIII.

2. La caracterización del Estado como «artificio» es de Hobbes, que desde la primera página del *Leviatán*, o *la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Alianza, Madrid, 1989, Introducción, p. 13, lo llama «un hombre artificial» («an artificial man»), cuyas «leyes son una razón y una voluntad artificiales» («an artificial reason and will»); de Hobbes cabe recordar también los pasajes citados *supra*, en las notas 1 del capítulo V, 7 del capítulo VI, 30 del capítulo VII e *infra* en la nota 29 de este capítulo. La calificación del Estado como «invención» es de J. Locke, *A Second Letter concerning Toleration* [1690], trad. it., «Seconda lettera sulla tolleranza», en *Scritti sulla tolleranza*, ed. de D. Marconi, Utet, Torino, 1977, p. 253, donde se llama «invención e institución del hombre» a todas «las sociedades políticas, es decir, a las sociedades civiles y a los gobiernos». La definición de las instituciones jurídicas como «convenciones» se encuentra por el contrario en J. J. Rousseau, *El contrato social*, en *Del contrato social, etc.*, Alianza, Madrid, 1980, I, 4, p. 15, y en C. A. Helvétius, *De l'Homme, de ses facultés intellectuelles et de son éducation*, Société Typographique, Londres, 1773, IX, 9 vol. II, p. 314: «Qu'est qu'un gouvernement? L'assemblage des loix ou de conventions faites entre les citoyens d'un même nation» [¿Qué es un gobierno? El ensamblaje de las leyes o convenciones hechas entre los ciudadanos de una misma nación]; cf. también, *ibid.* apart. X, cap. VII, vol. II, pp. 418 ss. Análogamente J. S. Mill, *Considerations on Representative Government* [1861]: «Las instituciones políticas (aunque esta proposición parezca a veces ignorarse) son obra de los hombres, que deben su origen y toda su existencia a la voluntad humana» (trad. cast. de M. C. C. de Iturbe, *Del Gobierno representativo*, presentación de D. Negro, Tecnos, Madrid, 1994, cap. I, p. 6).

3. Recuérdese la voz de S. Romano, «Costituente», en *Digesto Italiano*, VIII, Utet, Torino, 1899-1903, pp. 352 y 353, donde la idea misma de un momento, de una voluntad, de una decisión o de un poder «constituyente» (como por lo demás la idea de «constitución») aparece como «inaprensible y carente de efectiva consistencia»: con «la segura consecuencia de que un poder o, mejor, una función constituyente [...] no encuentra lugar en la categoría de los conceptos fundamentales del derecho público». La misma tesis es retomada por S. Romano, «L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione» [1901], en *Scritti minori*, Giuffrè, Milano, 1950, vol. I, p. 108, donde son eliminados, junto al momento constituyente, todos los temas relativos a los fundamentos: el «presente estudio [...] no pretende examinar o discutir aquellos viejos problemas en los que se complacían los constitucionalistas del periodo doctrinario y que, en su mayor parte, o han perdido su importancia o se plantean sobre bases por completo diferentes»: como «la teoría, por ejemplo —concebida al modo tradicional— del así llamado Estado o Gobierno legítimo; la controversia acerca de si el pueblo tiene o no el derecho de darse el ordenamiento que cree mejor; la admisibilidad del denominado derecho de resistencia colectiva o a la revolución; el problema del origen y, especialmente, de la justificación de la

soberanía; y, siguiendo por este camino, el examen de las doctrinas que fundan el Estado sobre la fuerza, sobre elementos contractuales, y así sucesivamente». Son palabras que reflejan la orientación técnico-jurídica de origen privatista y pandectístico que entonces se venía afirmando en todas las disciplinas jurídicas, incluso en las doctrinas penalistas, donde el viraje se producirá algunos años después con el repudio, por obra de Arturo Rocco y de Vincenzo Manzini, de la tradición filosófico-penal característica de la Escuela clásica italiana, de Cesare Beccaria a Francesco Carrara. En el derecho público, la eliminación del momento constituyente, según la interpretación de Maurizio Fioravanti, estaba dirigida a la elaboración de una «doctrina de los orígenes y de la formación del Estado unitario» en condiciones de sostener la idea de su continuidad, excluyendo todo fundamento voluntarista y contractual, y por tanto de afirmar el carácter «originario» de entidad meta-política, no comprometida por el cambio de los regímenes políticos y de las ordenaciones institucionales («Costituzione, amministrazione e trasformazione dello Stato», en A. Schiavone [ed.], *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Laterza, Roma-Bari, 1990, pp. 13-21). La operación —abiertamente promovida por Vittorio Emanuele Orlando en *Studi giuridici sul governo parlamentare* de 1886, ahora en V. E. Orlando, *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, Giuffrè, Milano, 1954, pp. 345 ss., y en *Principii di diritto costituzionale* [1889], 5.^a ed., Barbera, Firenze, 1920—servía además para secundar la obsesión por la cientificidad y apoliticidad de la ciencia jurídica, común a toda la iuspublicística alemana e italiana entre finales del siglo XIX y comienzos del XX. Sobre la operación, responsable del divorcio nunca superado entre ciencia jurídica y filosofía política del que he hablado en el § 8 de la Introducción, remito a mi *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 20-28. Entre sus propósitos es reconocible también una finalidad genuinamente política: la preocupación, expresada abiertamente un siglo antes por Immanuel Kant, por exorcizar el origen popular y el carácter revolucionario del poder constituyente y por ponerlo al resguardo de la crítica y del derecho de resistencia. «El origen del poder supremo», escribió Kant, «es *inescrutable* para el pueblo que está sometido a él: es decir, el súbdito *no debe sutilizar* activamente sobre este origen, como sobre un derecho dudoso en lo que se refiere a la obediencia que se le debe (*ius controversum*) [...] Si ha precedido originalmente como un *factum* un contrato efectivo de sumisión al jefe del Estado (*pactum subiectionis civilis*) [pacto de sometimiento civil], o si la violencia fue anterior y la ley vino sólo después, o bien ha debido seguir este orden, son éstas sutilezas completamente vanas para el pueblo que ya está sometido a la ley civil, y que, sin embargo, amenazan peligrosamente al Estado; porque si un súbdito que hubiera meditado sobre el origen último del Estado quisiera resistirse a la autoridad en ese momento reinante, sería castigado, aniquilado o desterrado (como un proscrito *exlex*), según las leyes de tal autoridad, es decir, con todo derecho» (I. Kant, «Principios metafísicos de la doctrina del derecho», parte II, sec. I, § 49, en *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 149-150, que va seguido del durísimo ataque al derecho de rebelión o de resistencia del pueblo que será recordado *infra* en la nota 154 del capítulo XIII).

4. Sobre el poder constituyente se ha desarrollado, sobre todo en estos últimos años, una literatura amplísima. Me limito a recordar: C. S. Nino, «El concepto de poder constituyente originario y la justificación jurídica», en E. Bulygin, M. D. Farrell, C. S. Nino y E. A. Rabossi (eds.), *El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, pp. 339-370; P. G. Grasso, «Potere costituente», en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Mila-

no, vol. XXXIV, 1985, pp. 642-670; M. Dogliani, «Costituente (potere)», en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet, Torino, vol. IV, 1989, pp. 285 ss.; Íd., «Potere costituente e revisione costituzionale»: *Quaderni costituzionali* 1 (1995); Íd., «Potere costituente e potere costituito»: *Alternative* 4 (1996), 64 ss.; A. Negri, *Il potere costituente*, Sugarco, Varesse, 1992 (trad. cast. de C. de Marco de la versión ingl., *El poder constituyente*, Libertarias, Madrid, 1994); P. Pombeni (ed.), *Poteri costituente e riforme costituzionali*, Il Mulino, Bologna, 1992; G. Zagrebelsky, «Storia e costituzione» [1993], trad. cast. de M. Carbonell, *Historia y constitución*, Trotta, Madrid, 2005; E. W. Böckenförde, «Il potere costituente del popolo: un concetto limite del diritto costituzionale» [1986], en G. Zagrebelsky, P. P. Portinaro y J. Luther (eds.), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Torino, 1996, pp. 231-252 (trad. cast. de R. de Agapito Serrano, en E. W. Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 159-180); M. Luciani, «Quattordici argomenti contro l'invocazione del potere costituente»: *Democrazia e diritto* (1995), pp. 104 ss.; Íd., «L'antisovrano e la crisi delle costituzioni»: *Rivista di diritto costituzionale* (1996), 154 ss.; A. Pace, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Cedam, Padova, 2002.

5. Éste es el sentido con el que ha nacido en la tradición filosófico-política la categoría del «poder constituyente» y su distinción de los «poderes constituidos». En su formulación clásica, obra de E. J. Sieyès, tal poder pertenece a la nación, se distingue netamente de los poderes constituidos, no viene sometido a ninguna regla o forma y se legitima en sí mismo: «Si no tenemos una Constitución es preciso hacerla; sólo la nación tiene derecho a hacerla» (*¿Qué es el estado llano?*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, § 5, p. 101); «La nación existe ante todo y es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal; es la ley misma. Antes de ella, por encima de ella, no hay más que el derecho *natural*» (*ibid.*, p. 105); «En cada una de sus partes la Constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente. Ninguna clase de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de la delegación. En este sentido, las leyes constitucionales son *fundamentales*» (*ibid.*, p. 106); «El gobierno no ejerce un poder real más que en tanto constitucional; sólo es legal cuando es fiel a las leyes que le han sido impuestas. La voluntad nacional, por el contrario, no tiene necesidad más que de su realidad para ser siempre legal, porque es el origen de toda legalidad. No solamente la nación no está sometida a una constitución sino que no *puede* estarlo, no *debe* estarlo [...] ¿de quién habría podido la nación recibir una forma positiva?» (*ibid.*, pp. 107-108); «No importa la forma en que una nación quiera; basta que quiera. Todas las formas son buenas y su voluntad es siempre la suprema ley» (*ibid.*, p. 109). En pocas palabras, se trata del poder revolucionario ejercido por el pueblo: por así decirlo, la democracia en acto. Semejante concepción del poder constituyente, donde claramente resuena la idea rosseauiana de la voluntad general, es por lo demás coherente con la doctrina contractualista, que incluso en su formulación hobbesiana identifica en los consociados el poder constituyente: «Se dice que un *Estado* ha sido *instituido*, cuando una *multitud* de hombres establece un *convenio entre todos y cada uno de sus miembros*, según el cual se le da a un *hombre* o a una *asamblea de hombres*, por mayoría, el derecho de *personificar a todos*» (*Leviatán*, cit., cap. XVIII, § 1, p. 159). Como solemnes expresiones del poder constituyente cabe recordar las palabras, recogidas en las notas 46 y 48 del capítulo VII, con que se abren muchas cartas constitucionales, comenzando por la de los Estados Unidos («We the people...»), y por la Carta de Naciones Unidas («Nosotros pueblo de las Naciones Unidas...»).

6. «El ejercicio del poder constituyente por parte del pueblo es manifesta-

ción de *soberanía popular*» (G. Chiarelli, «Popolo», en *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Torino, vol. XIII, 1966, p. 285). Atribuyen al pueblo la soberanía popular el artículo 1 de la Constitución italiana: «La soberanía pertenece al pueblo, que la ejercerá en la forma y dentro de los límites previstos en la Constitución»; el preámbulo de la Constitución japonesa de 1946: «Nosotros, pueblo japonés, [...] proclamamos que el poder soberano es detentado por el pueblo»; el preámbulo de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana: «... el pueblo alemán, en virtud de su poder constituyente, ha adoptado esta Ley Fundamental», y más adelante el artículo 20, n.º 2: «Todo el poder estatal emana del pueblo»; el artículo 3 de la Constitución francesa de 1958: «La soberanía nacional pertenece al pueblo que la ejerce por medio de sus representantes y mediante referéndum»; el artículo 1 de la Constitución sueca de 1974: «En Suecia la soberanía emana del pueblo»; el artículo 1, n.º 2 de la Constitución griega de 1974: «La soberanía popular constituye el fundamento del régimen político»; el artículo 3, n.º 1 de la Constitución portuguesa de 1976: «La soberanía, una e indivisible, reside en el pueblo, que la ejerce en las formas previstas en la Constitución»; el artículo 1, n.º 2 de la Constitución española de 1978: «La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado». En el § 13.2 sostendré que el significado de «soberanía popular» y de fórmulas como «la soberanía pertenece al pueblo» es principalmente el de una garantía negativa que impide su apropiación por parte de cualquier otro sujeto, incluso de tipo representativo.

7. Conviene subrayar que la tesis T12.29 no dice exactamente que el poder constituyente pertenezca al pueblo, sino sólo que es un pueblo, a partir de la definición D7.16 de ‘pueblo’, el sujeto colectivo titular del poder constituyente que obviamente, antes de su concreto ejercicio, es un poder de hecho colectivamente reivindicado. La tesis de que el poder constituyente pertenece al pueblo puede situarse en tres niveles diferentes. Puede ser una tesis axiológica o de filosofía política, como en la formulación de Sieyès recordada *supra* en la nota 5. Puede ser una tesis dogmática, referida a algunos textos constitucionales y a sus respectivos ordenamientos, por ejemplo el italiano, mencionados en la nota precedente. Puede ser, en fin, una tesis de teoría del derecho —la que será expresada aquí en la tesis T12.37— referida específicamente al ejercicio ‘democrático’ del poder constituyente. Cf. en este sentido C. Schmitt, *Verfassungslehre* [1928]: «El pueblo es, en la democracia, sujeto del poder constituyente» (trad. cast. de F. Ayala, *Teoría de la Constitución* [1934], Alianza, Madrid, 1982, § 18, p. 234). Análogamente, para Kelsen, el pueblo designa a aquel conjunto de personas que «vienen a ser consideradas como sujetos del poder solamente en cuanto participan en la creación del orden estatal» (H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* [1929], trad. cast. de L. Legaz Lacambra, *Esencia y valor de la democracia*, prólogo de I. de Otto, Guadarrama, Madrid, 1977, p. 32). Por otra parte, es preciso señalar desde ahora una profunda diferencia entre las concepciones del pueblo que sostienen Kelsen y Schmitt, y que se refleja en sus opuestas concepciones de la democracia sobre las que hemos de volver en el capítulo XIV. Según Kelsen, «la realidad del pueblo es sólo una realidad jurídica que puede ser descrita con alguna precisión en los siguientes términos: unidad de ordenación jurídica del Estado reguladora de la conducta de los hombres sujetos a ella» (*loc. ult. cit.*, pp. 30-31). Opuesta —y consecuente con la concepción organicista referida en la nota 44 del capítulo VII— es la idea schmittiana de la «unidad del pueblo como totalidad política», dotado de una «voluntad política general» que se conecta «directamente» a «la autoridad del presidente del Reich» (C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung* [1931], trad. cast. de M. Sánchez Sarto, *La defensa de la Constitución*, prólogo de P. de Vega, Tecnos, Madrid, 1983, cap. III, § 4,

p. 250; pero véase el pasaje completo recogido *supra* en la nota 50 del cap. VII). Entendida en este sentido, censura Kelsen, esto es, «como comunidad de pensamientos, sentimientos y voluntades, como solidaridad de intereses, la unidad del pueblo representa un postulado ético-político afirmado por la ideología política mediante una ficción tan universalmente aceptada que no se somete a revisión» (*Esencia y valor de la democracia*, cit., p. 30). Véase además el pasaje de este ensayo de Kelsen referido, *infra*, en la nota 12 del capítulo XIII, así como H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1979, cap. VI, § 41, pp. 291 ss., y las observaciones de Mario Losano en el «Saggio introduttivo» a H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966, p. XXXIV.

8. Como escribe elocuentemente M. Dogliani, «Potere costituente e revisione costituzionale», cit., p. 13, una vez ejercido, el poder constituyente es un «poder extinguido».

9. «Una nación», escribe Sieyès, «no sale jamás del estado de naturaleza [...] Repitámoslo: una nación es independiente de toda forma» (*¿Qué es el estado llano?*, cit., § V, p. 109), como lo son también su voluntad y su poder constituyente. En el mismo sentido, S. Romano, «L'instaurazione di fatto...», cit.; C. Schmitt, *Teoría de la Constitución*, cit., § 8, pp. 93-103; G. Burdeau, *Traité de Science Politique*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1969, t. III, p. 174; A. Negri, *op. cit.*; A. Pace, «L'instaurazione di una nuova costituzione. Profili di teoria costituzionale» [1996], ahora en *Potere costituente...*, cit., pp. 99-164.

10. El artículo 1 del D.Lgs.Lgt. n.º 151, de 25 de junio de 1944, estableció que «tras la liberación del territorio nacional, las formas institucionales serán determinadas por el pueblo italiano, que a tal fin elegirá, mediante sufragio universal, directo y secreto, una asamblea constituyente para deliberar sobre la nueva constitución del Estado». En esta norma encuentra Piero Calamandrei «el acta de nacimiento del nuevo ordenamiento democrático italiano» («Introduzione storica alla Costituzione», en *Commentario sistematico alla costituzione italiana*, Barbera, Firenze, 1950, p. CII). El D.Lgs.Lgt. n.º 98, de 16 de marzo de 1946, convocó después las elecciones a la Asamblea constituyente y al mismo tiempo el referéndum sobre la forma monárquica o republicana. Pero es obvio que todos estos actos son a la Constitución republicana lo mismo que la convocatoria de Estados Generales en Francia el 17 de junio de 1789 a la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* producida dos meses más tarde.

11. Cf., en este sentido, G. Chiarelli, «Popolo», cit., p. 286, que sostiene la tesis de la ilegitimidad de un cambio radical de la constitución mediante el ejercicio del poder de revisión con otro argumento: «el reconocimiento de la soberanía popular originaria», formulado por el artículo 1 de la Constitución italiana, que «implica que sólo al pueblo pertenece el poder de cambiar la Constitución (vale decir de cambiarla en su totalidad), con la consecuencia de excluir un cambio de tal naturaleza que, por hipótesis, no provenga de la voluntad popular». En este sentido, era claramente ilegítima la ley de revisión constitucional aprobada en Italia el 18 de noviembre de 2005 dirigida a cambiar tanto la forma de Estado como la forma de gobierno modificando a fondo 43 artículos de la Constitución vigente. Sobre los límites del poder de revisión en cuanto poder constituido, cf. M. Dogliani, «Revisioni e principi costituzionali inderogabili», en el cuaderno de *Il Ponte*, *La costituzione tra revisione e cambiamento*, ed. de S. Rodotà, U. Allegretti y M. Dogliani, Riuniti, Roma, 1998, pp. 19-27. Cf. también A. Pace, *Potere costituente...*, cit., pp. 126-156 y 235-238. La tesis, claramente minoritaria, del carácter formalmente ilimitado del poder de revisión de la Constitución italiana, a salvo del límite expreso establecido por

el artículo 139, es en cambio sostenida por S. Cicconetti, *La revisione della costituzione*, Cedam, Padova, 1972, pp. 222 ss.; Íd. «Revisione costituzionale», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XL, 1989, pp. 144 ss.; Íd., *Le fonti del diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 74-111; y por R. Guastini, «Revisione costituzionale: problemi di forma e di sostanza»: *Ragion pratica* 3 (1994), 245-255; Íd., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 292-293 y 370-385. Para una crítica de las tesis de Guastini, en las que advierte seis aporías, cf. F. Viola, «Politica e diritto nella Costituzione»: *Ragion pratica* 4 (1995), 230-239. Parcialmente crítico de mis tesis sobre los límites al poder de revisión por juzgarlas «demasiado restrictivas» se muestra G. Corso, «Cambiare la costituzione. Sino a che punto?»: *ibid.*, 223-229. Pero sobre los límites del poder de revisión y sobre el grado de rigidez de las constituciones véase, *infra*, el § 13.18 y las notas 98-105 del capítulo XIII.

12. Habría podido llamar «formal» al elemento estructural de la supremacía de las normas constitucionales en la jerarquía de las fuentes, independientemente de sus contenidos, y «sustancial» al elemento axiológico que, como en la célebre definición de «constitución» expresada por el artículo 16 de la Declaración de 1789, designa en cambio sus contenidos específicamente garantistas y democráticos. Pero habría así añadido un tercer significado de las expresiones «formal» y «sustancial», acompañando al *meta teórico* de «formal», como predicado de cualquier concepto teórico, y al *teórico* en el que ‘formal’ y ‘sustancial’ han sido usados hasta aquí, como predicados de ‘normas sobre la producción’, de ‘validez’ y de ‘invalidéz’, de ‘legitimidad’ y de ‘ilegitimidad’, y con el que continuaré usándolo para designar las dos dimensiones conectadas —la ‘formal’ y la ‘sustancial’— de la democracia constitucional (remito, sobre estos dos significados, a la nota 28 de la Introducción). En efecto, es claro que la ambivalencia semántica de los dos términos, si bien es tolerable cuando se refiere a dos niveles de discurso diferentes —el uno metateórico, el otro teórico—, sería sólo fuente de inútiles confusiones cuando se refiere a los mismos temas dentro del mismo discurso. Con mayor razón cuando los dos términos son a menudo usados con otros significados diferentes. Recuérdese, por ejemplo, el uso aténico pero bastante difundido de ‘formal’ y de ‘sustancial’ al que se refiere R. Guastini, *Quindici lezioni di diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 10-14: «formal» es el «documento normativo» denominado «Constitución» o «Carta constitucional» y distinto de los otros por su «procedimiento de formación» o por su «contenido característico»; «sustancial» es «el conjunto de las normas fundamentales» que «identifican» y «caracterizan» a un determinado sistema jurídico. En este sentido, por otro lado, la expresión «constitución sustancial» recuerda a la idea —ambigua y confusa— de «constitución material» con que Costantino Mortati designó, además de a las leyes fundamentales incluso no escritas, «la afirmación autoritaria de un deber ser [...] de un orden social», la «decisión política subyacente y condicionante del orden de las normas», así como «el principio directivo» expresado por la «fuerza social capaz de la acción de impulso y de coacción» y «capaz de reunir, armonizándolos, el elemento estático con el dinámico, el factor de creación con el de ejecución» del derecho (C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1940, pp. 226-230).

13. M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, Paris, 1980; Íd. «Montesquieu e la separazione dei poteri negli Stati Uniti»: *Materiali per una storia della cultura giuridica* XX/1 (1990); Íd., *Per una teoria jurídica del Estado*, Dykinson, Madrid, 2001, cap. XII, pp. 163-178; G. Burdeau, F. Hamon y M. Troper, *Droit constitutionnel*, LGDJ, Paris, 1999, pp. 89-96 y 297-300; R. Guastini, «Separazione dei poteri o divisione del pote-

re?» [1983], trad. cast. de M. Bono, «¿Separación de los poderes o división del poder?», en *Estudios de teoría constitucional*, ed. de M. Carbonell, Fontamara, México, 2001, pp. 51-83; Íd., *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 77-84; Íd., *Lezioni di teoria costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 15-40; M. Barberis, «Divisione dei poteri e libertà da Montesquieu a Constant»: *Materiali per una storia della cultura giuridica* 1 (2001), 83-109; Íd. «Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione», en *Analisi e diritto* 2004, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 1-21. Sobre la separación de poderes cf. G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, 2 vols., Giuffrè, Milano, 1979-1984; Íd., «Poteri dello Stato (divisione dei)», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XXXIV, 1985, pp. 670-721; F. Modugno, «Poteri (divisione dei)», en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., vol. XIII, 1966, pp. 472-489.

14. «Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder» (Ch. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1972, libro XI, cap. 4, p. 150).

15. Por ejemplo, en el ordenamiento italiano, pensemos en la autorización del ministro de Justicia requerida por el artículo 313 del Código Penal para proceder por los vilipendios y otros delitos contra la personalidad del Estado, en las autorizaciones de las Cámaras para los actos de instrucción restrictivos de la libertad personal en los procedimientos contra sus miembros, y en la vieja «garantía administrativa», declarada inconstitucional por las sentencias n.º 94, de 6 de junio de 1963, y n.º 4, de 4 de febrero de 1965, en virtud de la cual se requería autorización para proceder contra algunos cargos públicos (prefectos, alcaldes, oficiales y agentes de seguridad pública y de policía judicial).

16. He formulado por vez primera esta distinción en un ensayo —«Democrazia senza Stato?», en S. Labriola (ed.), *Ripensare lo Stato*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 199-213— dedicado a la crisis de la relación entre democracia política, estado de derecho y soberanía estatal en la época de la globalización.

17. Para un análisis más profundo de estos múltiples fundamentos de la independencia de la función judicial y de otras funciones de garantía, remito al § 14.12. Cf. también *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2009, § 37, pp. 537-549, y *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2009, III, § 6, pp. 339-356.

18. Sobre la relatividad de la distinción entre «forma» y «sustancia» recuérdese el hermoso pasaje de Kelsen referido *infra*, al final del § 13.5.

19. Sobre estos tres tipos y espacios de discrecionalidad remito a mi *Derecho y razón*, cit., cap. III. En particular, cf., *ibid.*, el § 11 dedicado a la equidad, de la que he proporcionado una caracterización semántica como «poder de connotación», intrínseco al poder judicial, de las características específicas e irrepetibles de los singulares hechos jurídicos.

20. El nexo entre paz y monopolio jurídico de la fuerza a través de las formas de la coerción está bien expresado jurídicamente por Kelsen: «La paz es la ausencia del uso físico de la fuerza. En cuanto el orden jurídico determina las condiciones bajo las cuales debe seguirse el recurso a la fuerza, así como los individuos que la utilicen; en cuanto establece el monopolio de la coacción por la comunidad jurídica, pacifica a la comunidad que constituye, al eliminar la amenaza de la fuerza. Pero la paz del derecho sólo es una paz relativa, no absoluta, puesto que el derecho no excluye el recurso a la fuerza, es decir, la coacción física del hombre por el hombre. No se trata de un orden libre de coacción, como lo postula un anarquismo utópico. El derecho es un orden de la coacción, y en cuanto orden coactivo y conforme a su evolución, un sistema de seguridad y un orden de paz» (*Teoría pura del derecho*, cit., cap. I, § 6, b) p. 51).

21. He identificado estos criterios o fundamentos axiológicos de los derechos fundamentales con su idoneidad para satisfacer cuatro finalidades o valores —la igualdad, la democracia, la paz y la tutela del más débil—, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., III, §§ 5-8, pp. 329-370.

22. Sobre este nexo entre la garantía de los derechos proclamados en la Declaración universal de 1948 y la garantía de la paz, véanse N. Bobbio «I diritti dell'uomo e la pace» [1982], ahora en *Íd.*, *Teoría general de la política*, Trotta, Madrid, ³2009, IX, 3, pp. 533-538; *Íd.*, *Il terzo assente*, Sonda, Torino, 1989, pp. 92-96 (trad. cast. de P. Linares, *El tercero ausente*, Cátedra, Madrid, 1997, pp. 127-134); L. Bonanate, «Internazionalizzare la democrazia dei diritti umani»: *Teoria Politica* XIV/2 (1998), 48-60. El vínculo constitucional entre derechos humanos y paz aparece lúcidamente expresado por Kant: «La idea de una constitución en consonancia con el derecho natural de los hombres, a saber, que quienes obedecen la ley deben ser simultáneamente legisladores, se halla en la base de todas las formas políticas»: esa idea «no es una vana quimera, sino la norma eterna para cualquier constitución civil en general y el alejamiento de toda guerra [...] Una vez que se ha conseguido *grosso modo*, esta constitución se cualifica como la mejor entre todas por mantener alejada la guerra, destructora de todo bien» («Replanteamiento sobre la cuestión de si el género humano se halla en continuo progreso hacia lo mejor» [1798], trad. cast. de C. Roldán Panadero y R. Rodríguez Aramayo, en *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre Filosofía de la Historia*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 95). «Paz» y «supervivencia» se identifican como «la finalidad» específica del derecho, respectivamente, por N. Bobbio, «Formalismo jurídico y formalismo ético», en *Studi sulla teoria del diritto*, cit., cap. VII, pp. 147-148 (trad. cast. de A. Ruiz Miguel, «Formalismo jurídico y formalismo ético», en N. Bobbio, *Contribución a la teoría del derecho*, Debate, Madrid, ¹1990, pp. 16-107) y por H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963, cap. IX, pp. 236-239.

23. Recuérdesse también el artículo 377 con que se cierra la Constitución francesa de 22 de agosto de 1795: «Le peuple français remet le dépôt de la présente Constitution à la fidélité du Corps législatif, du Directoire exécutif, des administrateurs et des juges; à la vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à la affection des jeunes citoyens, au courage de tous les Français» [El pueblo francés remite el depósito de la presente Constitución a la fidelidad del Cuerpo legislativo, del Directorio ejecutivo, de las administraciones y de los jueces; a la vigilancia de los padres de familia, a las esposas y a las madres, a la afectación de los ciudadanos jóvenes, al coraje de todos los franceses]. Sobre esta garantía social de la democracia remito a *Derecho y razón*, cit., § 63, pp. 940-947.

24. Las dos partes de la definición aquí propuesta y los dos sentidos o nociones de 'constitución' que las mismas expresan se corresponden respectivamente y en líneas generales con el tercer y el primer modelo de constitución que distingue P. Comanducci, *Assaggi di metaetica*, Giappichelli, Torino, 1992, § 2.6.1, pp. 158-159: a) el «modelo *cognoscitivo* de la constitución concebida como *norma*», es decir, como «conjunto de normas jurídico-positivas [...] que son, respecto a las demás reglas jurídicas, fundamentales (esto es, fundantes del ordenamiento jurídico en su conjunto y/o jerárquicamente superiores a las otras normas)» y b) el «modelo axiológico de la constitución concebida como *orden*», es decir, como «un conjunto de fenómenos sociales (entendida esta expresión en su sentido más amplio), que globalmente en la esfera iuspolítica están dotados de máximo valor intrínseco o son por sí mismos generadores de normas»; (en cambio, considero confundente el uso de 'constitución' para designar el segundo modelo, el «*cognoscitivo* de la constitución concebida como *orden*», entendida esta expresión en

el sentido sociológico de un determinado orden de «relaciones de poder»). La distinción es retomada por M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1994, pp. 11-16, que añade un cuarto modelo axiológico de Constitución, que es en realidad una especificación del tercero: el que incorpora la idea (expresada en la segunda parte de la definición aquí propuesta) «de que no cualquier regulación ‘fundamental’ de los poderes públicos puede definirse como una constitución, sino sólo aquella que prevé la tutela de los derechos y la separación de poderes (según la conocidísima fórmula del artículo 16 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789)». Sobre los distintos significados y modelos de constitución véanse también G. G. Floridia, *La costituzione dei moderni. Profili tecnici di storia costituzionale*. I. *Dal medioevo inglese al 1791*, Giappichelli, Torino, 1991; F. Modugno, «Costituzione», en *Enciclopedia giuridica Treccani*, Istituto dell’Enciclopedia Italiana, Roma, 1990, pp. 1-7; M. Barberis, «Progetto per la voce ‘costituzione’»: *Filosofia Politica* (1991), 351-369; V. Villa, *Il positivismo giuridico*, cit., cap. VII, §§ 7-9, pp. 240-247.

25. La tesis del carácter estructural, o si se quiere «natural», de la rigidez de las constituciones en cuanto tales ha sido sostenida con fuerza por A. Pace, «La ‘naturale’ rigidità delle costituzioni scritte»: *Giurisprudenza costituzionale* (1993), 4085 ss., e Íd., «La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura di Bryce, dello statuto albertino e di qualche altra costituzione» [1996], ahora en *Potere costituente...*, cit., pp. 1-97. En el mismo sentido cf. mi «Democrazia e costituzione», cit., pp. 236-241, cuyas tesis sobre la rigidez como característica estructural de las constituciones serán más tarde recogidas y desarrolladas aquí en los §§ 13.17 y 13.18. Alessandro Pace (*op. ult. cit.*, pp. 22-34) recuerda que la tesis de la identificación de constitución rígida y constitución escrita fue sostenida por el propio James Bryce, a quien se debe la distinción entre constitución rígida y constitución flexible (*Flexible and Rigid Constitutions* [1901], trad. cast., *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, estudio preliminar de P. Lucas Verdú, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988).

26. H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1958, 2.^a reimp. 1979, parte I, X, A, p. 130.

27. Es la tesis de H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit. Parte I, I, C, g], p. 49: «Una norma es considerada como válida sólo bajo la condición de que pertenezca a un sistema normativo, a un orden que, considerado en su totalidad, es eficaz»; *ibid.*, X, C, e], p. 140: «La eficacia del orden jurídico total es condición necesaria de la validez de cada una de las normas que lo integran. Trátase de una *conditio sine qua non*, no de una *conditio per quam*. La eficacia del orden jurídico total es una condición, no la razón de validez de las normas que lo constituyen»; Íd., *Teoría pura del derecho*, cit., cap. V, § 34, e], p. 217: «La eficacia se encuentra, como condición de la validez, en la norma fundante básica»; *ibid.*, g], p. 224: «Tan pronto la constitución, y ello significa: el orden jurídico instaurado sobre esa base, pierde como un todo su eficacia, tanto el orden jurídico, como también cada una de sus normas, pierde su validez». Análoga es la tesis de Hart de que, por ejemplo en el ordenamiento inglés, los precedentes y la costumbre «no deben su estatus de derecho, por precario que éste sea, a un ejercicio ‘tácito’ de potestad legislativa, sino a la aceptación de una regla de reconocimiento que les acuerda ese lugar independiente aunque subordinado» (*El concepto de derecho*, cit., VI, p. 126): una aceptación que evidentemente, refiriéndose a una norma de reconocimiento, equivale a un cierto grado de aceptación interna del ordenamiento. Obviamente esto no quiere decir que las normas de la constitución sean todas y en todo momento efectivas. La efectividad de una norma sobre la producción, como sabemos, depende de su

observancia (T8.91) y por tanto, como se verá más adelante, de la validez de los actos por ella regulados (T12.177-T12.178). Sólo se quiere decir que ha de existir un cierto número de actos formales de cumplimiento, o sea, que debe existir un cierto grado de efectividad.

28. Pero recuérdese también por su modernidad el pasaje de Gaetano Filangieri sobre las «leyes fundamentales» que contiene gran parte de la caracterización de ‘constitución (democrática)’ formulada en la definición D12.22: «El orden político de un estado se determina por las leyes fundamentales que arreglan la distribución de las diversas partes del poder, los límites de cada autoridad, las prerrogativas de las diversas clases que forman el cuerpo social, y los derechos y obligaciones que proceden de este orden» («La scienza della legislazione» [1783], en *La scienza della legislazione e gli opuscoli scelti*, cit., lib. III, cap. XLVII, tit. VIII, p. 655; trad. cast., *Ciencia de la legislación*, Imprenta de D. Fermín Villalpando, Madrid, 1821-1822, vol. IV, p. 244). El pasaje y su semejanza con el enunciado contenido en el artículo 16 de la Declaración de derechos de 1789 son recordados por I. Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 525-526.

29. En la primera página de la Introducción al *Leviatán*, cit., pp. 13-14, la analogía entre la persona física y la persona artificial del Estado llega al punto de configurar a esta última como un hombre gigantesco —un «animal artificial»— del que se proporciona una detallada anatomía: «Es mediante el arte como se crea ese gran Leviatán que llamamos república o estado, en latín *civitas*, y que no es otra cosa que un hombre artificial. Es éste de mayor estatura y fuerza que el natural, para cuya protección y defensa fue concebido. En él, la *soberanía* actúa como *alma* artificial, como algo que da vida y movimiento a todo el cuerpo; los *magistrados* y otros *oficiales* de la judicatura y del ejecutivo son *articulaciones* artificiales; la *recompensa* y el *castigo*, por los cuales cada articulación y miembro que pertenecen a la sede de la soberanía se mueven para desempeñar su misión, son los *nervios* que hacen lo mismo en el cuerpo natural; el *dinero* y las *riquezas* de cada miembro particular son la *fuerza*; la *salus populi*, o *seguridad del pueblo*, es su *finalidad*; los *consejeros*, por quienes le son sugeridas a este cuerpo artificial todas las cosas que le es necesario conocer, son la *memoria*; la *equidad* y las *leyes* son una *razón* y una *voluntad* artificiales; la *concordia* es la *salud*; la *sedición*, la *enfermedad*; y la *guerra civil*, la *muerte*. Por último, los *pactos* y *alianzas* en virtud de los cuales las partes de ese cuerpo político fueron en un principio hechas, juntadas y unidas, se asemejan a aquel *fiat*, o *hagamos al hombre*, pronunciado por Dios en la Creación». Cf. además el no menos célebre fragmento del *Leviatán*, cit., cap. XVII, § 13, pp. 153-157. Años antes Hobbes había escrito: «La unión así creada se llama Estado, o sea, sociedad civil y también persona civil. Dado que la voluntad de todos es reducida a una sola, debe tenerse por una persona; y por la palabra ‘una’ debe distinguirse y diferenciarse de todos los hombres particulares, como teniendo sus derechos y bienes propios [...] El Estado, pues, ha de ser definido como una persona única cuya voluntad, en virtud de los pactos hechos entre muchos hombres, debe considerarse como la voluntad de todos ellos y que puede, por consiguiente, utilizar las fuerzas y los bienes de cada uno para la paz y defensa común» (*Del ciudadano*, Instituto de Estudios Políticos, Caracas, 1966, cap. V, § 9, p. 122). Análoga es la imagen hobbesiana del Estado en los *Elementos de Derecho natural y político*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, parte I, cap. XIX, § 8, p. 249: «La unión así realizada es lo que los hombres llaman hoy día un *cuerpo político* o sociedad civil; los griegos lo llamaron *polis*, es decir, ciudad; lo que se puede definir como una multitud de hombres unidos como una sola persona, por un poder

común, para su paz, defensa y beneficio común». En el pensamiento de Hobbes se mantiene por otra parte una ambigüedad a propósito de la soberanía, que algunas veces, como en el pasaje citado, se asocia a la persona artificial del Estado, como su «alma artificial», mientras que otras veces lo hace a la persona física del príncipe o de los miembros de la asamblea que se hallan concretamente investidos: «En todo Estado se dice de aquel hombre —o aquella asamblea— a cuya voluntad ha sometido cada individuo su propia voluntad (del modo que dijimos) que tiene potestad soberana o poder soberano o de dominio» (*Del ciudadano*, cit., § 11, p. 122). Cf. también *Elementos de Derecho natural y político*, cit., § 10, pp. 249-250, y *Leviatán*, cit., cap. XVIII, pp. 159-167. Véanse además los pasajes recordados *supra* en la nota 7 del capítulo VI y 30 del capítulo VII. La idea de ‘persona’ asociada a la «ciudad» aparece propuesta en la *Enciclopedia* también por Diderot, «Città» [1753], en *Scritti politici*, Utet, Torino, 1967, p. 513. Y retomada en términos abiertamente organicistas por la iuspublicística alemana del siglo XIX: merece recordarse, por ejemplo, el pasaje de C. F. von Gerber, «Lineamenti di diritto pubblico tedesco», en *Diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1971, Appendici, I, pp. 196-197, donde el Estado viene representado como «organismo», expresión con la que «se quiere decir que el Estado es una comunidad dotada de una capacidad interior de desarrollo autónomo; que está fundado, en su totalidad, en una característica idea originaria; que se realiza, determinándose en sí y en sus partes; que estas partes singulares son miembros que cooperan recíprocamente, aun cuando no sean, como en el organismo natural, seres ignorantes sino conscientes de sí y causantes de su propia razón de vida (*Trendelemburg*); que el movimiento del Estado, o sea, el progresivo actuarse de su idea, depende del impulso conjunto de sus partes y no, como el movimiento de un mecanismo, de un impulso externo [...] Describir el Estado como un organismo significa representarlo simbólicamente como un cuerpo natural viviente que se desarrolla según una idea propia». Sobre la evolución de la idea de la personalidad jurídica del Estado véanse R. Orestano, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Il Mulino, Bologna, 1978, pp. 220 ss.; P. Grossi (ed.), «Itinerari moderni della persona giuridica», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n.º 11-12, Giuffrè, Milano, 1982-1983; A. Massera, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo. I. Stato persona e organo amministrativo. Profilo storico-dogmatico*, Giuffrè, Milano, 1984; A. Amendola, *Il sovrano e la maschera. Saggio sul concetto di persona in Thomas Hobbes*, Esi, Napoli, 1998. Sobre la metafísica desarrollada a partir de estas imágenes en la iuspublicística italiana del siglo XIX y comienzos del XX, véanse las hermosas páginas de P. Costa, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi della cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Giuffrè, Milano, 1980.

30. H. Kelsen, *Gott und Staat* [1922-1923], trad. cast. de U. Schmill, «Dios y Estado», en H. Kelsen, *Ensayo sobre jurisprudencia y teología*, Fontamara, México, 2003, p. 69. «Y aunque pueda parecer paradójico», concluye Kelsen, «es sólo por medio de ello que ha impulsado a la teoría del derecho del nivel de la teología al de la ciencia moderna». Para una aproximación analítica al concepto de ‘Estado’ cf. también A. Ross, «Sobre los conceptos de ‘Estado’ y ‘Órganos del Estado’ en Derecho Constitucional», en *Íd.*, *El concepto de validez y otros ensayos*, Fontamara, México, 1993.

31. La expresión «razón pública» es de John Rawls, *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona, 1996, Lección VI, pp. 247 ss. En *Derecho y razón*, cit., § 59.1, pp. 880-883, he usado las expresiones «autopoyéticas» y «heteropoyéticas» —la una en analogía y la otra en oposición a la categoría de la «autopoye-

sis», elaborada en un escrito de 1973 por los biólogos chilenos H. R. Maturana y F. J. Varela sobre las condiciones biológicas de la supervivencia y llevada por Niklas Luhmann a las ciencias sociales— para designar, respectivamente, las doctrinas políticas de legitimación del derecho y del Estado como fines o valores en sí, o como instrumentos al servicio de finalidades externas consistentes en la garantía de los derechos y de los intereses vitales de los consociados. Véanse, *infra*, las formulaciones más clásicas de ambas concepciones en las notas 2 y 23 del capítulo XIII.

32. La doctrina ha denominado estos actos como «actos constitucionales»: así G. Ferrara, *Gli atti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2000. Sobre el fenómeno en creciente expansión de las leyes medida —que en Italia han alcanzado en las cinco últimas legislaturas el 54 y en la última el 76 por ciento de toda la producción normativa— cf. últimamente S. Spuntarelli, *L'amministrazione per legge*, Giuffrè, Milano, 2007.

33. Una tripartición semejante permitiría precisar mejor el léxico teórico sobre las distintas figuras de regularidad de los fenómenos normativos: se hablaría de '*existencia*' a propósito de las fuentes (de producción), o sea, del acto constituyente, de los actos legislativos y de los demás actos formales productivos de normas; de '*vigencia*' y de '*validez formal*' en referencia a los textos o documentos normativos (o fuentes de cognición), o sea, a la constitución, a las leyes y a los reglamentos; en fin de '*validez sustancial*' en referencia a los significados normativos de las fuentes, o sea, a las normas constitucionales, a las normas legales y a las demás normas subordinadas a la ley.

34. Sobre la siempre más clara configuración de los ordenamientos como «redes», cf., recientemente, L. Bobbio, «Invece dello Stato: reti»: *Parolechiave* 34 (2005), 33-45.

35. Como se ha dicho *supra* en la nota 59 del capítulo X y en la nota 7 del capítulo XI, es lo que Michelangelo Bovero ha llamado «protección» y que aquí llamaremos, en los §§ 12.14 y 13.18, *garantías constitucionales*. Bovero (en («Tutela sovranazionale dei diritti fondamentali e cittadinanza», en T. Mazzarese [ed.], *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 240) distingue también —de modo correlativo a mi distinción entre garantías primarias y garantías secundarias, aplicable asimismo, como se verá, a las garantías constitucionales— entre «protección primaria» consistente en el grado o rango supraordenado de las normas constitucionales mediante las que se establecen los derechos, determinado por el procedimiento agravado requerido para la revisión constitucional, y «protección secundaria», consistente en el control de constitucionalidad.

36. H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., parte I, VI, A, p. 88: «No hay derecho subjetivo en relación con una persona sin el correspondiente deber jurídico de otra. El contenido de un derecho subjetivo es en última instancia el cumplimiento del deber de otro sujeto»; *ibid.* C, a, p. 90: el derecho «no es otra cosa que el correlato de un deber jurídico»; *Id.*, *Teoría pura del derecho*, cit., cap. IV, § 29, a), pp. 140-141: «Esta situación de hecho designada como 'derecho' o pretensión jurídica de un individuo, no es otra cosa que la obligación del otro, o de los otros. Si se habla, en este caso, de un derecho subjetivo, o de la pretensión jurídica de un individuo, como si ese derecho o pretensión fuera algo distinto de la obligación del otro, o de los otros, se crea la apariencia de dos situaciones jurídicamente relevantes, cuando sólo se da una [...] Si se designa la relación de un individuo, que se encuentra obligado con respecto de otro a determinada conducta, como 'derecho', entonces ese derecho no es sino un reflejo de esa obligación [...] Este concepto del derecho

subjetivo, como un mero reflejo de una obligación jurídica, como concepto de un derecho reflejo, puede simplificar, como concepto auxiliar, la exposición de una situación jurídica; pero desde el punto de vista de una descripción científica exacta de la situación jurídica, es superfluo». La tesis que niega la existencia de los derechos cuando falta la precisa estipulación de los deberes correspondientes ha sido sostenida, en el debate seguido en torno a mis *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., por R. Guastini, «Tre problemi di definizione», *ibid.*, pp. 43-48, y por D. Zolo, «Libertà, proprietà ed uguaglianza nella teoria dei ‘diritti fondamentali’», *ibid.*, pp. 49-55 (trad. cast., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 57-62 y 75-104). Cf. mi réplica *ibid.*, pp. 153-167, y, sobre la misma cuestión, el trabajo «La pragmatica della teoria del diritto», en *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 351-175, y en *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004, cap. III, pp. 109-139.

37. H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., parte I, cap. VI, C, d], p. 96: «En este sentido, por tanto, tal norma es ‘su’ derecho, es decir, su ‘derecho subjetivo’. Sólo cuando un individuo se encuentra en tal relación con la norma jurídica, la aplicación de ésta, es decir, la aplicación de la sanción, depende de la expresión de la voluntad de un individuo orientada hacia tal objeto, por lo cual el derecho objetivo está a la disposición del mismo individuo, y podemos considerar que el derecho objetivo es ‘su’ derecho subjetivo». O también: «El derecho subjetivo tiene que consistir, por ende, no en el presunto interés, sino en la protección jurídica [...] El derecho subjetivo es, en resumen, el mismo derecho objetivo» (*ibid.*, C, c], p. 94); «La esencia del derecho subjetivo, cuando es más que el mero reflejo de una obligación jurídica, se encuentra en el hecho de que una norma jurídica otorga a un individuo el poder jurídico de reclamar, mediante una acción, por el cumplimiento de la obligación» (*Teoría pura del derecho*, cit., cap. IV, § 29 d], p. 148).

38. H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., VI, C, d, pp. 94-95.

39. *Ibid.*, p. 96. Kelsen desarrolla una argumentación análoga para los derechos reales: «El derecho reflejo de propiedad no es, propiamente, un derecho absoluto; es el reflejo de la multiplicidad de obligaciones de un número indeterminado de individuos, con respecto de un mismo individuo, en relación con una y la misma cosa, a diferencia del derecho personal que sólo es el reflejo de la obligación de determinado individuo frente a otro individuo determinado» (*Teoría pura del derecho*, cit., cap. IV, § 29, b] p. 145).

40. El análisis más profundo de las complejas relaciones entre la *actio* y el derecho subjetivo sustancial sigue siendo el clásico ensayo de G. Pugliese, *Actio e diritto soggettivo*, Giuffrè, Milano, 1939.

41. La cuestión ha dado lugar a un amplio debate, del que he dado cuenta en la nota 19 de la Introducción, proseguido últimamente con la intervención de R. Guastini, «Rigidità costituzionale e normatività della scienza giuridica» [2004], trad. cast. de M. Carbonell, «Rigidez constitucional y normatividad de la ciencia jurídica», en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 245-249. Guastini considera no «persuasivas»: a) la tesis según la cual el reconocimiento de la invalidez sustancial, es decir, de «una contradicción entre normas», «sería, en [mi] opinión, un juicio de valor»; b) la tesis según la cual la constatación de una «laguna técnica», como es la que Guastini reconoce en la falta de actuación por parte del legislador de los derechos sociales constitucionalmente establecidos, «sería una directiva, una propuesta, una recomendación —en suma una

prescripción, entendida en sentido amplio— dirigida al legislador (la prescripción obviamente de colmar la laguna en cuestión); c) la tesis según la cual «el fenómeno de la invalidez sustancial» sería «una peculiaridad de los ordenamientos jurídicos con constitución rígida», cuando «también en régimen de constitución flexible es inválido por razones sustanciales el reglamento del ejecutivo en conflicto con la ley», así como los «actos de aplicación» jurisdiccionales o administrativos «en contraste con la ley». Considerando que no he dicho nunca que el reconocimiento de una contradicción entre normas de distinto grado, una legislativa y otra constitucional, sea un «juicio de valor», sino a lo sumo que equivale a la «prescripción» de resolverla dirigida al juez de la constitucionalidad de las leyes —que es por tanto una tesis análoga a la criticada *sub b*)—, no encuentro por mi parte persuasiva la tesis de Guastini según la cual «el reconocimiento de una laguna técnica» —y por otro lado, pues, de una antinomia— «es evidentemente algo distinto a la recomendación de colmarla, dirigida al legislador: es una constatación, no una prescripción» (*ibid*, p. 415). Si es verdad en efecto que en los ordenamientos dotados de constitución rígida existe por parte del juez de constitucionalidad la obligación de anular la norma sustancialmente inválida (lo que he llamado «garantía secundaria») y que a las expectativas positivas, como son los derechos sociales, se corresponde la obligación de satisfacerlas mediante las adecuadas leyes de actuación (lo que he llamado «garantía primaria»), la «constatación» de una laguna o de una antinomia —operada evidentemente en el nivel dogmático— equivale a la «prescripción» de darles solución. Dejamos a un lado la vieja cuestión, tan accidentada como equívoca, de la normatividad de la ciencia jurídica. Al menos Guastini estará de acuerdo en que la dimensión pragmática de los asertos teóricos que hacen uso de modalidades deónticas (por ejemplo, «a un derecho subjetivo corresponde la prohibición de violarlo o la obligación de satisfacerlo» [T10.123-T10.125], o bien «si alguna cosa está permitida, entonces no está prohibida» y similares [T2.126-T2.132]) consiste en el hecho de que los mismos, permitiendo «constatar» antinomias y lagunas, sugieren y reclaman su crítica, así como la solución por vía legislativa o judicial. En cuanto a la tercera crítica, me parece irrelevante. Es sin duda innegable (y no sólo no he negado nunca, sino que he afirmado, incluso cuando era generalmente compartida la tesis kelseniana de la equivalencia entre ‘existencia’ y ‘validez’) la existencia, en cualquier ordenamiento nomodinámico incluso dotado de constitución flexible, de reglamentos y de «actos de aplicación» sustancialmente inválidos «por su contraste con la ley». Se trata justamente, como en el caso de las leyes en conflicto con la constitución, de actos destinados también a ser invalidados, si resulta alegada la excepción de invalidez, por aquellos órganos jurisdiccionales que tienen la *obligación* de anularlos. La verdadera novedad de las constituciones rígidas, sorprendentemente ignorada pese a que en ella descansa el entero edificio de la democracia constitucional, consiste en haber generado «el fenómeno de la invalidez sustancial» también en relación con las (fuentes de las) leyes, condicionando su validez a límites y a vínculos de carácter sustancial como son, por ejemplo, el principio de igualdad y los derechos fundamentales. Todos los demás fenómenos de invalidez sustancial (excepción hecha de los reglamentos) se refieren a actos preceptivos singulares —negocios privados, sentencias, decisiones administrativas— no destinados a ser «aplicados» por ulteriores actos preceptivos, y por tanto bastante menos relevantes. Encuentro francamente inexplicable la falta de disponibilidad a reconocer las enormes implicaciones teóricas y metateóricas —lo que he llamado ‘cambio de paradigma’— del «fenómeno de la invalidez sustancial» de las leyes en la estructura del ordenamiento y consecuentemente, como se verá en la parte cuarta, de la democracia.

42. Así las llama la Constitución italiana, cuyo título VI precisamente lleva por rúbrica «Garantías constitucionales», y que se divide en una sección primera dedicada a la Corte Constitucional, es decir, a la regulación de las que he caracterizado como *garantías constitucionales secundarias*, y en una sección segunda dedicada a la revisión de la constitución y a las leyes constitucionales, esto es, a la regulación de las aquí caracterizadas como *garantías constitucionales primarias* de la rigidez.

43. Sobre la costumbre me limito a recordar N. Bobbio, *La consuetudine como fatto normativo*, Cedam, Padova, 1942; Íd., «Consuetudine (teoría general)», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. IX, 1962, pp. 426-443; Íd. «Fatto normativo», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XVI, 1967, pp. 988-995; G. Zagrebelsky, *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*, Utet, Torino, 1970; Íd., «Convenzioni costituzionali», en *Enciclopedia giuridica*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, vol. VIII; A. Pizzorusso, «Consuetudine (profili generali)», *ibid.*; G. U. Rescigno, *Le convenzioni costituzionali*, Cedam, Padova, 1972; B. Celano, «Consuetudine, convenzioni», en *Analisi e diritto* 1995, cit., pp. 35-87; Íd. «Consuetudine e norme sulla produzione di norme», en P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 185-214; R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 645-668; G. Alpa, G. Guarneri, P. G. Monateri, G. Pascuzzi y R. Sacco, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Utet, Torino, 1999.

44. Recuérdesse la noción de «valor prescriptivo de una regla» sugerida por Norbert Hoerster con el ejemplo: «En la familia Müller para los niños vale una regla que les impide leer en la mesa», recordada en el § 4.7 y en la nota 19 del capítulo IV. La diferencia entre esta noción sociológica de «valor» y la teórico-jurídica de «grado de efectividad» de una regla consiste en el hecho de que la primera se refiere a la aceptación subjetiva de la regla, o sea, al valor que a ella se asocia por el sentido cívico de sus destinatarios (aquellas que he llamado en el § 10.22 «razones primarias para la acción»), mientras que la segunda se refiere únicamente a su grado de observancia, cualesquiera que sean los motivos de esa observancia (incluso, pues, las que entonces llamé «razones secundarias para la acción»).

45. En este sentido, H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., Parte I, XI, B, a), § 3, p. 149: «La ley regula su propia creación y el derecho consuetudinario hace lo propio».

46. Sobre la naturaleza de los precedentes, cf. M. Gascón Abellán, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993.

47. Véanse los trabajos citados *infra* en la nota 58 del capítulo XIII.

48. Cicerón, *De re publica*, I, 39; A. D'Ors (ed. y trad.), *op. cit.*, pp. 62-63.

49. *Ibid.*, I, 49: «Quare cum lex sit civilis societatis vinculum, ius autem legis aequale, quo iure societas civium teneri potest, cum par non sit condicio civium? Si enim pecunias aequari non placet, si ingenia omnium paria esse non possunt, iura certe paria debent esse eorum inter se qui sunt cives in eadem re publica. Quid est enim civitas nisi iuris societas civium? [Por ello, siendo la ley el vínculo de la sociedad civil y el derecho, a su vez, la igualdad de la ley, ¿por qué procedimiento puede sostenerse una sociedad civil sin ser igual la condición de sus ciudadanos? Porque, si no parece precedente igualar los dineros, si las dotes naturales de todos no pueden ser parejas, ciertamente deben ser iguales entre sí los derechos de aquellos que son ciudadanos de una misma república. Pues, ¿qué es una ciudad sino la asociación jurídica de sus ciudadanos?]» (cf. A. D'Ors [ed. y trad.], *op. cit.*, p. 68).

50. *Ibid.*, I, 36, pp. 72-73. El pasaje completo, junto al citado en la nota anterior, es recogido en la nota 47 del capítulo VII.

51. Debo esta precisión a las críticas formuladas por M. Bovero a mi primera presentación de las cuatro dimensiones de la democracia, «Diritti e democrazia costituzionale», en *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., pp. 252-259. Cf. mi respuesta *ibid.*, pp. 321-325 (trad. cast. cit. pp. 215-242 y 314 ss.).

52. Sobre el federalismo existe una literatura inmensa. Me limito a recordar, además del clásico A. Hamilton, J. Jay y J. Madison, *The Federalist* [1788], trad. cast. de G. Velasco, *El Federalista*, FCE, México, ³1994, a quien se debe la invención misma del paradigma federal moderno, E. Reves, *Anatomy of Peace* [1945], trad. it., *Anatomia della pace*, Il Mulino, Bologna, 1990; K. C. Wheare, *The Federal Government* [1946], trad. it., *Del governo federale*, Il Mulino, Bologna, 1997; R. Aron y A. Marc, *Principes du fédéralisme*, Le Portulan, Paris, 1948; M. J. Vile, *The Structure of American Federalism*, Oxford UP, New York-London, 1962; D. J. Elazar, *Exploring Federalism* [1987], trad. it., *Idee e forme del federalismo*, Edizioni di Comunità, Milano, 1995; G. Lombardi, *Lo Stato federale. Profili di diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 1987; A. Spinelli, *Una strategia per gli Stati Uniti d'Europa*, Il Mulino, Bologna, 1989; G. De Vergottini, «Stato federale», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XLIII, pp. 831-860; A. Contu, *Le ragioni del federalismo*, Istituto Camillo Bellieni, Sassari, 1992; Íd., *Federalismo, autonomie, nazionalità*, Alfa, Cagliari, 1992; M. Albertini, *Il federalismo*, Il Mulino, Bologna, 1993; G. Bognetti, *Federalismo*, Utet, Torino, 2001; L. Bobbio, *I governi locali nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma-Bari, 2002; L. Levi, *Il pensiero federalista*, Laterza, Roma-Bari, 2002; T. Groppi, *Il federalismo*, Laterza, Roma-Bari, 2004.

53. A. Hamilton, J. Jay y J. Madison, *El Federalista.*, cit., pp. 113-114: «Como el poder es casi siempre el rival del poder, el gobierno general estará siempre alerta para contener las usurpaciones de los gobiernos estatales, y éstos obrarán de igual modo respecto al gobierno general. El pueblo podrá arrojar su peso en cualquiera de los dos platillos de la balanza y hacerlo preponderar en todos los casos. Si cualquiera de los dos invadiese sus derechos, podrá utilizar al otro como medio para enderezar la situación».

54. «La naturaleza humana en ninguna otra parte se muestra menos digna de ser amada que en las relaciones mutuas entre los pueblos. No hay un Estado que se encuentre seguro frente a otro, ni por un momento, en lo que respecta a su independencia o a su patrimonio [...] Una paz universal duradera conseguida mediante el llamado *equilibrio de las potencias en Europa* es una simple quimera, igual que la casa de Swift, tan perfectamente construida por un arquitecto de acuerdo con todas las leyes del equilibrio que, al posarse sobre ella un gorrión, se vino en seguida abajo» (I. Kant, «En torno al tópico 'tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica'», en *Teoría y práctica*, Tecnos, Madrid, 1986, III, p. 59). Todavía antes Hamilton había escrito: «Esperar que puede continuar la armonía entre varias entidades soberanas vecinas, independientes e inconexas, sería volver la espalda al curso uniforme de los acontecimientos humanos, desafiando la experiencia acumulada a través de los siglos» (A. Hamilton, J. Jay y J. Madison, *El Federalista*, cit., p. 19). La misma crítica al modelo confederal y con referencia a la Organización de Naciones Unidas, fundada en un tratado que no limita la soberanía de los Estados, será formulada por Emery Reves: «Es un puro sueño suponer que resulta posible mantener la paz entre los hombres que viven en unidades nacionales separadas con el método de la diplomacia y de la política, sin la creación de un legislativo soberano, de instituciones judiciales independientes y de órganos ejecutivos que expresen

la voluntad del pueblo y vinculen a todos por igual» (E. Reves, *Anatomia della pace*, cit., p. 147).

55. I. Kant, *La paz perpetua*, Tecnos, Madrid, 1985, secc. II, pp. 21 y 25-26. La misma tesis es sostenida por Saint-Simon: «A toda reunión de pueblos, como a toda reunión de hombres, hacen falta instituciones comunes, hace falta una organización: fuera de esto, todo se decide por la fuerza. Querer que Europa esté en paz por medio de tratados y congresos es querer que un cuerpo social subsista por medio de convenciones y acuerdos: por ambos lados hace falta una fuerza coactiva que una las voluntades, que concierte los movimientos, que haga comunes los intereses y sólidos los vínculos»; «el equilibrio de las potencias es la combinación más falsa que pueda hacerse, puesto que la paz era su fin y no ha producido sino guerras» (C. H. de Saint-Simon, *De la réorganisation de la société européenne*, en *Œuvres de C. H. de Saint-Simon*, Anthropos, Paris, 1966, vol. I, pp. 173 y 175, citado por L. Levi, *op. cit.*, pp. 38-39) (trad. cast. y nota preliminar de A. Truyol y Serra, *De la reorganización de la sociedad europea*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, pp. 46 y 48). Una anticipación de la idea federalista puede rastrearse en Ch. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, cit., parte II, Lib. IX, cap. I, p. 91: «Las potencias extranjeras destruyen a las repúblicas pequeñas; las grandes se deshacen por un defecto interno. De este doble inconveniente adolecen igualmente las democracias y las aristocracias, ya sean buenas o malas, pues el mal reside en la cosa misma, y no hay nada que pueda remediarlo. Así pues, parece verosímil que los hombres se habrían visto obligados a vivir siempre bajo el gobierno de uno solo, si no hubieran imaginado una especie de constitución que tiene todas las ventajas interiores del Gobierno republicano y la fuerza exterior del monárquico. Me refiero a la república federativa. Esta forma de gobierno consiste en un convenio, según el cual varios cuerpos políticos consienten en convertirse en ciudadanos de un Estado mayor que se proponen formar. Se trata de una sociedad constituida por otras sociedades y susceptible de ir aumentando en virtud de la unión de nuevos asociados».

ÍNDICES

ÍNDICE DE NOMBRES

- Aarnio, A., 80, 375
 Abramovich, V., 676
 Accursio, 377
 Aguilar Rivera, J. A., 788
 Aguiló Regla, J., 447
 Albanese, B., 374, 542, 780
 Albertini, M., 905
 Alchourrón, C. E., 133 s., 204, 238, 446, 449, 546, 669 s., 675, 779
 Alexy, R., 16, 71 s., 238, 324, 55 s., 780
 Allegretti, U., 894
 Allorio, E., 324, 666
 Alonso Getino, L. G., 376
 Alpa, G., 279, 282, 321, 373 s., 392, 447, 542, 679, 793, 796 s., 904
 Amendola, A., 900
 Amirante, C., 540
 Amselek, P., 240
 Andrés Ibáñez, P., XII, 70, 132, 205, 324, 783, 792
 Ankum, H., 282
 Apuleyo de Madaura, 129
 Arangio-Ruiz, V., 278, 390
 Are, M., 393
 Arendt, H., 796
 Aristóteles, 168, 562, 665, 751, 784, 794
 Arneson, R. J., 792
 Aron, R., 905
 Ascarelli, T., 380, 454, 549
 Asís Roig, R. de, 781
 Astuti, G., 791
 Atienza, M., 284, 317, 324, 446, 454, 541, 553 s., 669 s., 785
 Attardi, A., 552
 Auletta, G., 677
 Austin, J. L., 3, 66, 240 s., 546, 550, 679
 Azzoni, G., 241 s., 322
 Barbalet, J. M., 392, 783, 785
 Barberis, M., 66, 447, 896, 898
 Barbero, D., 283, 374, 379 s., 382 s., 386, 789
 Barcellona, P., 373
 Barranco Avilés. M. C., 778
 Barrère, M., 375
 Bartolomei, F., 793
 Basile, M., 379
 Basso, L., 390
 Bauman, R., 780
 Baurmann, M., 679
 Bayertz, K., 679
 Bayón Mohino, J. C., 206, 284 s.
 Beccalli, L., 796
 Beccaria, C., 94, 203, 595, 671, 891
 Bellamy, R. P., 392
 Belvedere, A., 373, 449
 Beneduce, P., 280
 Bentham, J., 171, 546, 717, 751, 795
 Bentley, A., 68
 Berlin, I., 152, 169 s., 381, 672, 785
 Bernal Pulido, C., 324
 Bessone, M., 280, 282, 321, 323, 379, 386, 392, 542, 790
 Betti, E., 169, 206, 278, 280, 282, 322, 455, 541 s., 797
 Bianca, C. M., 542
 Bimbi, F., 781, 792, 795
 Biondi, B., 394, 791
 Birocchi, I., 279, 378, 797, 899
 Blackburn, R., 392
 Blanché, R., 79, 135
 Bobbio, L., 901, 905
 Bobbio, N., XI, 48, 65, 68, 71-74, 76, 79, 129, 136 s., 152 s., 169 ss., 240, 242, 261 s., 283, 324, 384, 386, 388, 419, 446, 451, 454, 456, 541, 545 s., 550 s., 665, 680 ss., 742, 779 s., 785, 791 s., 796-799, 897, 904

- Bobbit, P., 790
 Boccia, M. L., 382, 794
 Bochenski, J. M., 129
 Böckenförde, W., 892
 Bognetti, G., 905
 Bolaños, B., 169
 Bompiani, A., 790
 Bonacchi, G., 392
 Bonanate, L., 897
 Bonelli, G., 455
 Bonfante, P., 207, 278, 280 s., 677, 784
 Bovero, M., XII, 682 s., 779, 800, 901, 905
 Bowring, J., 546
 Braithwaite, R. B., 78 s.
 Branca, G., 206, 322, 393, 447
 Breccia, U., 282
 Bretone, M., 207, 784, 791
 Bricola, F., 789
 Brinz, A., 455
 Broggin, G., 279, 282
 Bronzini, G., 376
 Brunetti, G., 665
 Brutti, 454
 Bryce, J., 898
 Bucciante, A., 667
 Bulygin, E., 69, 133 s., 204, 238, 446, 449, 546, 669 s., 675, 779, 891
 Burdeau, G., 894 s.
 Busnelli, F. D., 679

 Cabo de la Vega, A. de, 796
 Calabresi, G., 790
 Calamandrei, P., 544, 780, 894
 Calasso, F., 278
 Cammarata, A. E., 278, 323
 Campari, M. G., 794
 Campitelli, A., 374
 Cannada-Bartoli, E., 677
 Cannata, C. A., 203, 278
 Capitant, H., 279
 Cappellini, P., 796
 Caprioli, S., 778
 Caracciolo, R. A., 134, 239, 284, 454, 670
 Caravita, B., 790
 Carbonell, M., XII, 65, 70 s., 76, 132, 169, 205, 382, 540, 545, 554, 682, 778 s., 788, 792, 892, 896, 902
 Carcaterra, G., 204, 240, 241, 449
 Carlassarre, L., 795
 Carnap, R., 41, 76 s., 79 s., 161, 172, 207, 239
 Cernelutti, F., 72, 203, 278, 280, 322, 378, 382 s., 540, 544, 549, 665 s.
 Carrara, F., 891
 Carré de Malberg, R., 384

 Carrino, A., 67, 376, 543
 Carter, I., 170, 792 s.
 Casari, E., 65, 80, 281
 Casetta, E., 668
 Cassarino, S., 321
 Cassese, A., 375, 391
 Càssola, F., 781
 Castignone, S., 205, 239, 240, 377, 453, 546
 Catania, A., 453
 Cataudella, A., 283
 Caterina, R., 392
 Cattaneo, M. A., 135
 Cavarero, A., 793, 795 s.
 Celano, B., 904
 Cerroni, U., 797
 Cesarini Sforza, W., 455
 Chiarelli, G., 793, 893 s.
 Chiassoni, P., 237
 Chioyenda, G., 543 s., 552, 677
 Cicala, F. B., 386
 Cicconetti, S. M., 447, 895
 Cicerón, 75, 388 s., 780 s., 795, 797 s., 876 s., 904
 Cohen, A. K., 681
 Cohen, G. A., 170
 Cohen, S., 681
 Coke, E., 111, 132
 Coleman, J. L., 553
 Comanducci, P., XII, 65, 79 s., 131, 172, 237, 284 s., 324, 449, 545, 550, 670, 675, 788, 800, 897, 904
 Comporti, M., 392 s.
 Concha, H., 540
 Condorcet, M.-J.-A.-N., 795
 Conforti, B., 375, 391
 Constant, B., 170, 784, 896
 Conte, A. G., 131, 133, 135, 168, 240, 242, 454, 546, 682
 Contu, A., 905
 Copi, I., 66, 129
 Corasaniti, A., 785
 Cordero, F., 321
 Corsale, M., 455
 Corso, G., 895
 Cortese, E., 278, 446
 Costa, P., 76, 132, 384, 392, 540, 781, 900
 Cotta, S., 74
 Cotturri, G., XII
 Courtis, Chr., 676
 Coviello, N., 280, 385, 540
 Cresswell, M. J., 80
 Crifò, G., 542, 780 s.
 Crisafulli, V., 237, 387, 447
 Cruz Parceró, J. A., 788

- D'Alessandro, F., 374
 Dalla Pozza, C., XII, 134
 De Acutis, M., 789
 De Cupis, A., 790
 De Gennaro, A., 781
 De Giorgi, M. V., 379
 De Leonardis, O., 681
 Dell'Utri, M., 666
 Del Re, A., 781, 792, 795
 De Lucas, J., 679, 788
 De Maistre, J., 796
 De Martino, F., 206, 393
 Demóstenes, 202
 Denninger, E., 781
 De Nova, G., 279
 De Ruggiero, G., 205
 De Ruggiero, R., 394
 De Sanctis, F. M., 792
 De Saussure, F., 452
 Deutsch, K. W., 543
 De Vergottini, G., 905
 Díaz, E., 540, 791
 Diciotti, E., 674
 Diderot, D., 170, 795, 900
 Di Lucia, P., XII, 172, 241, 452, 666
 Di Majo, A., 280 s., 679
 Dogliani, M., 892, 894, 898
 Dogliotti, M., 379
 Domat, J., 279
 Dominijanni, I., 794
 Donati, D., 137
 Doneau, H. (o Donello), 374
 Dopp, J., 129
 Doveri, A., 206 s.
 Dumont, É., 795
 Dupuy, R. J., 790
 Dworkin, R., 72, 532, 540, 553 s., 792

 Egidi, R., 240
 Ehrlich, E., 9, 66 s.
 Elazar, D. J., 905
 Eymar, C., 785

 Facchi, A., 788
 Fadda, C., 279 s.
 Falzea, A., 136, 168, 206, 278, 283 s.,
 318, 321, 323 s., 379, 385, 668
 Faralli, C., 240, 453, 792
 Farrell, M. D., 891
 Fazzalari, E., 544
 Febbrajo, A., 168, 540
 Federici, R., 392
 Fernández García, E., 781
 Ferragamo, P., 792
 Ferrajoli, L., 65, 70, 73, 76, 132, 134,
 137, 169, 172, 205, 243, 382, 453,
 540, 543, 545, 679, 682, 778, 787 s.,
 792, 800, 902
 Ferrando, G., 379, 790
 Ferrara, F., Jr., 379
 Ferrara, F., Sen., 280, 379 s., 382 s., 386,
 455, 668
 Ferrara, G., 379, 793, 901
 Ferrari, C., 540
 Ferrari, V., 169
 Ferrer Beltrán, J., 670
 Ferreri, S., 447
 Ferri, G. B., 279
 Feyerabend, P. K., 77
 Filangieri, G., 74, 665, 899
 Filippini, N. M., 781
 Finnis, J., 779
 Finzi, E., 677
 Fioravanti, M., 672, 891
 Fiorella, A., 679
 Fix Fierro, H., 540
 Florida, G. G., 898
 Foddai, M. A., 679
 Foderaro, S., 387
 Forsthooff, E., 540
 Fragali, M., 204
 Franceschelli, R., 203
 Franciosi, G., 780
 Franklin, A., 77
 Freeman, M., 788
 Frege, G., 65 s., 451
 Frosini, V., 204, 321, 454, 666
 Funaioli, C. A., 677
 Furno, C., 324

 Gaja, G., 390
 Galeotti, A. E., 788
 Galeotti, S., 205
 Galgano, F., 79, 283, 374, 379, 382 s.,
 392 ss., 448, 541, 668, 791
 Gallio, G., 681
 Galtung, J., 169
 Gangi, C., 379
 Garbagnati, G., 666
 García Figueroa, A., 71, 324, 553
 García Máynez, E., 66, 74
 Garzón Valdés, E., 74, 80, 238, 540, 788,
 799 s.
 Gascón Abellán, M., 70, 324, 545, 553,
 904
 Gavazzi, G., 546, 665, 680, 682
 Gayo, 75, 207, 389, 393 s., 784, 788, 789
 Gentili, A., 668
 Gerber, C. F. von, 384, 388, 667, 675, 900
 Giacobbe, G., 790

- Gianformaggio, L., XII, 76, 79, 131,
133 ss., 228, 243, 324, 452, 454, 543,
545, 549, 553, 555, 679, 753, 779,
787, 792, 795, 800
- Giannini, M. S., 279, 281, 321, 324, 386,
543, 668, 677
- Gianturco, E., 380
- Giasanti, A., 681
- Giavoleno, 449
- Gierke, O. von, 380, 383
- Gilmore, G., 282
- Giorlo, G., 77
- Giorgianni, M., 279, 324, 541 s.
- Girardet, K. M., 780
- Glymour, C., 77
- Goodman, N., 77
- Gorla, G., 282
- Gozzi, G., 780
- Grasso, P. G., 891
- Gray, J. N., 170
- Graziosi, M., XII, 781
- Greco, P., 393
- Greenawalt, K., 553
- Gregoire, P., 379
- Gregorio IX (Ugolino di Segni), papa, 377
- Groppi, A., 392
- Groppi, T., 905
- Grossi, P., 374 s., 672, 900
- Grosso, E., 781
- Grosso, G., 278
- Guarino, A., 797
- Guarino, G., 390
- Guarneri, G., 904
- Guastini, R., XII, 65, 70, 79 s., 131, 133 s.,
172, 204, 237, 239 s., 242, 324, 373,
447 ss., 452, 545 ss., 550-555, 670, 675,
681 s., 779, 817, 895, 902 ss.
- Guibourg, R. A., 675
- Habermas, J., 799
- Hacking, I., 77
- Hägerström, A., 240, 541
- Hamilton, A., 889, 905
- Hamon, F., 895
- Hardin, G., 790
- Hare, R. M., 239, 381, 792
- Harris, I., 169
- Harsanyi, J. C., 792
- Hart, H. L. A., 9, 67, 71, 78 s., 204, 322,
374, 446, 448 s., 453 s., 498, 545 s.,
553, 663, 680 s., 779, 792, 897 s.
- Hegel, G. W. F., 388
- Heise, A., 377
- Hellwig, C., 544
- Helvétius, C. A., 890
- Hempel, C. G., 76-79, 161, 172
- Hess, H., 681
- Hobbes, Th., 32, 75, 111, 127, 132, 137,
153, 171, 251, 278, 323, 346, 374,
378 ss., 383 s., 423, 438, 445 s., 451,
453, 455, 540 s., 546, 550, 665, 751,
776 s., 794, 805, 839, 890, 899 s.
- Hoerster, N., 228, 243, 904
- Hoffmann, S., 543
- Hohfeld, W. N., 321 s.
- Hohloch, G., 282
- Hughes, G. E., 80
- Hume, D., 76
- Inocencio IV (Sinibaldo dei Fieschi), 377
- Inzitari, B., 542
- Ippolito, D., XII
- Irti, N., 203, 284, 373, 541, 666 s., 798
- Jay, J., 905
- Jellinek, G., 384, 668, 673, 676, 780
- Jhering, R. von, 67, 380, 454, 676
- Jori, M., XII, 73, 79, 134, 284, 449,
452 s., 541, 545, 679, 787
- Justiniano, 374
- Kalinowski, G., 129
- Kant, I., 94, 170 s., 203, 380 s., 391, 672,
711, 727, 782, 785, 796, 798 s., 889,
891, 897, 905 s.
- Kelsen, H., 3, 9, 11, 20 ss., 24, 66 s., 69,
72 ss., 93, 131, 133, 140, 159, 166 ss.,
170 ss., 181, 204, 238 ss., 242, 244,
260 s., 268, 275, 283 s., 323, 376, 379 s.,
384, 387, 419, 446, 448, 451 s., 454,
456 s., 476 s., 498, 502, 526, 536, 539,
543, 546-550, 553, 555, 606, 674 s.,
678-681, 742, 758, 761, 791 s., 798,
850, 862 ss., 877, 893 s., 896, 898,
900 ss., 904
- Klug, U., 69, 133
- Kohler, J., 544
- Kunkel, W., 781
- Kymlicka, W., 785, 787 s.
- Laband, P., 384
- Labriola, S., 896
- Labruna, L., 781
- Lancellotti, F., 544
- Lantella, L., 449
- Laporta, F., 540
- La Torre, M., 324, 668
- Latournerie, R., 321
- Lattanzi, F., 390
- Laurent, F., 380

- Lecaldano, E., 133 s., 243, 555, 790
 Leibniz, G. W., 32, 75, 110
 Lener, A., 666 s.
 Leonardi, P., 241
 Leoni, B., 169
 Levi, A., 169, 283, 321 s., 373, 386
 Levi, L., 905 s.
 Lindahl, L. G., 206
 Locatelli, P., 203
 Locke, J., 601 s., 665, 672, 674, 711, 727,
 745, 751, 776, 786, 794 s., 805, 890
 Lombardi, G., 905
 Lombardi Vallauri, L., 65, 454, 679
 López-Ayllón, S., 540
 López Calera, N., 387, 788
 Lorini, G., 240, 542
 Losano, M. G., 167, 454, 894
 Luciani, M., 892
 Luhmann, N., 168, 540, 901
 Luther, J., 892
 Luzzati, C., 134, 447, 449, 452, 555

 Mably, G. B. de, 795
 MacCallum, G. C., Jr., 170
 MacCormick, N., 324
 MacDonald, M., 787
 MacIntyre, A., 785
 Mackie, J., 553
 Madison, J., 905
 Magni, C., 374
 Maine, H. S., 373, 544, 784
 Maiorca, C., 203, 283, 284
 Majello, U., 323
 Manconi, L., 381
 Mannucci, A., 377
 Mantovani, F., 790
 Manzini, V., 37, 891
 Marc, A., 905
 Marconi, D., 890
 Marconi, P., 171
 Marke, J. J., 547
 Maroi, F., 394
 Marshall, T. H., 391 s., 706, 708-711, 727,
 782-785
 Martino, A., 134
 Marx, K., 201, 785
 Massera, A., 900
 Mстромartino, F., XII
 Mathieu, V., 779
 Maturana, H. R., 901
 Mauri, D., 681
 Mayer-Maly, D., 243
 Mazza, M., 377
 Mazzamuto, S., 171, 282
 Mazzarese, T., XII, 72, 80, 131, 133,
 241 s., 545, 675, 682 s., 779, 800, 901

 Mela, A., 677
 Melossi, D., 681
 Mendonca, D., 670, 675
 Mengoni, L., 203
 Meotti, A., 76
 Messina, G., 280, 676 s.
 Messineo, F., 206, 284, 382, 386, 448,
 455, 789
 Messinetti, D., 203, 207, 393
 Michelli, G. A., 665
 Miele, G., 666
 Mill, J. S., 334, 381, 601, 672, 763, 799,
 890
 Miller, D., 170
 Minervini, G., 668
 Minow, M., 794
 Mirabelli, G., 283, 542
 Modugno, F., 446, 454 s., 547, 551, 667,
 896, 898
 Molesworth, W., 132
 Monateri, P. G., 904
 Mondadori, M., 76
 Montesquieu, Ch., 151, 170, 187, 205 s.,
 562, 665, 796, 817 s., 823, 895 s., 906
 Moore, G. E., 243
 Mordechai Rabello, A., 282
 Moreso, J. J., 65, 172, 324, 454, 554, 670
 Morris, Ch., VII, 65
 Mortati, C., 895
 Munzer, S., 553
 Mura, V., 392

 Nagel, E., 66
 Nagel, T., 792
 Napoleón, 709, 711, 785, 800
 Napolitano, G., 593
 Natoli, U., 542
 Navarro, P. E., 133, 172, 239, 284, 324,
 454, 670
 Negretto, G. L., 540
 Negri, A., 892, 894
 Neurath, O., 77 s.
 Nicolet, Cl., 781
 Nicolò, R., 321 s., 542
 Nino, C. S., 72, 284, 779, 891
 Nocera, G., 388, 796
 Norman, W., 785
 Nortmann, U., 780

 O'Donnell, G., 540
 Oestreich, G., 780 s.
 Olbrechts-Tyteca, L., 324
 Olivecrona, K., 240, 453 s., 675
 Oppenheim, F. E., 170
 Oppo, G., 542

- Orestano, R., 67, 373 s., 377 ss., 384, 455, 541, 784, 900
 Orlando, V. E., 37, 668, 780, 891
 Ormanni, A., 541
 Orozco, W., 540
- Pace, A., 892, 894, 898
 Paci, M., 392
 Pacifici-Mazzoni, E., 380
 Paladin, L., 447
 Palazzani, L., 794
 Palazzo, A., 541
 Palmisano, G., 391
 Palombarini, G., 789
 Papa, C., 381
 Papiniano, 797
 Paresce, E., 67
 Parijs, P. Van, 674
 Pascuzzi, G., 904
 Passerin D'Entreves, A., 551
 Pattaro, E., 133, 240
 Pavia, M. L., 793
 Peces-Barba Martínez, G., 169, 778 s., 781, 796
 Pedreira Andrade, A., 282
 Peppe, L., 388
 Perassi, T., 545, 665
 Perelman, Ch., 324, 742, 791 s.
 Peretti, I., 794
 Perlingieri, P., 373 s.
 Pesante, M., 790
 Petrella, R., 790
 Piano Mortari, V., 67
 Pintore, A., 78, 375, 553, 778, 780
 Piras, A., 677
 Pisarello, G., 70 s., 73, 137, 170, 205, 540, 680
 Pitch, T., 382, 681, 792, 794, 681
 Pizzi, C., 244
 Pizzorusso, A., 375, 447, 787 s., 904
 Platón, 75, 202, 552, 794
 Plebani, T., 781
 Pocar, V., 377, 544
 Pollastro, P., 240
 Pombeni, P., 892
 Pontara, G., 376
 Portalis, 673
 Portinaro, P. P., 679, 892
 Pothier, R. J., 279
 Pound, R., 68
 Pozzolo, S., 239
 Price, R., 795
 Priestley, J., 795
 Prieto Sanchís, L., 71, 553 ss.
 Prior, A. N., 129
- Puchta, G. F., 674
 Pufendorf, S., 374, 378, 383 s., 546
 Pugliatti, S., 203, 207, 280 s., 321, 323, 393 s., 796 s.
 Pugliese, G., 780, 797, 902
 Pulitanò, D., 789
 Pureza, J. M., 375
- Quesada, F., 392
 Quine, W. V. O., 77, 80, 239
- Rabossi, E. A., 239 s., 891
 Radbruch, G., 797
 Rascio, R., 386
 Ravà, A., 285, 665
 Rawls, J., 455, 792, 900
 Raynal, G. T., 795
 Raz, J., 284, 446, 452 ss., 540, 553
 Redondo, M. C., 239, 284, 324, 454
 Regan, T., 377
 Reichenbach, H., 80
 Rentería Díaz, A., 68, 243, 453, 778
 Rescigno, G. U., 447, 904
 Rescigno, P., 373 s., 379, 386, 785
 Resta, E., XII, 679
 Resta, G., 787, 793
 Revet, T., 793
 Ricciardi, M., 169 s.
 Riccobono, F., 374
 Richards, D. A., 553
 Ricoeur, P., 779
 Riedel, E., 788
 Rigamonti, G., 77
 Rigaux, F., 388
 Ripert, G., 279
 Ripoli, M., 453
 Rizzo, V., 790
 Rocco, A., 37, 203, 384, 544, 891
 Rodotà, S., 322, 673, 679, 790, 894
 Romagnoli, E., 388
 Romano, S., 37 s., 76, 385 ss., 454, 666 ss., 673, 677 s., 780, 890, 894
 Ronfani, P., 544
 Roppo, V., 280
 Ross, A., 67, 238, 240, 284, 322, 385, 446 s., 450, 452 s., 456, 547, 675, 679, 682, 742, 791 s., 900
 Rossanda, M., 790
 Rossanda, R., XII
 Rossi, G., 379
 Rothbard, M. N., 674
 Rousseau, J.-J., 151, 170, 786 s., 794 s., 805, 890
 Rubino, D., 278
 Ruggeri, A., 447

- Ruiz Manero, J., 65, 284, 447, 454, 548, 553, 669 s.
 Ruiz Miguel, A., 68, 70, 72, 170, 680, 778, 897

 Sacco, R., 392, 447, 542, 904
 Saint-Simon, C. H. de, 906
 Salazar Ugarte, P., XII, 65, 70 s., 73, 76, 169, 205, 382, 545, 682, 778, 902
 Salerno, F., 781
 Sandel, M., 785
 Sandulli, A. M., 447, 791
 Santi, R., 132
 Santoro, E., 672
 Santoro-Passarelli, F., 280, 282, 373 s., 382, 386, 541 s., 678
 Santosuosso, A., 790
 Sartor, G., 133
 Sastre Ariza, S., 76
 Satta, S., 544, 549
 Savigny, F. C. von, 373, 377, 379, 382, 384, 387 ss., 450, 455, 540, 602, 673 s., 726, 778 s., 782, 786
 Scarpelli, U., XI, 65 s., 68, 78 s., 240, 243, 324, 374, 446, 452 s., 546, 778, 798
 Schiavone, A., 76, 891
 Schilpp, P. A., 77
 Schipani, S., 75
 Schlick, M., 241
 Schmidlin, B., 282
 Schmidt, B., 75
 Schmitt, C., 388, 391, 549, 800, 893 s.
 Schulz, F., 797
 Scialoja, A., 206, 322, 393, 447
 Scialoja, V., 280, 540
 Scognamiglio, R., 168, 542
 Scozzafava, O. T., 207, 393, 665
 Searle, J. R., 238, 240, 447, 542, 670
 Sen, A., 747, 792 s.
 Senese, S., XII, 375, 387 s., 391
 Serio, M., 282
 Serrao, F., 781
 Serres, M., 790
 Sgreccia, E., 790
 Sieyès, E. J., 389, 892 ss.
 Silvestri, G., 896
 Simons, P. M., 243
 Singer, P., 377, 792
 Solari, G., 388, 672
 Sombart, W., 136
 Soper, P., 553
 Sordi, B., 677
 Sperduti, G., 321
 Spinelli, A., 905
 Spuntarelli, S., 901

 Stein, P., 379
 Steiner, H., 170, 674
 Strawson, P. F., 129
 Suárez, F., 376, 387
 Summers, R., 540

 Talamanca, M., 278, 781, 797
 Tallacchini, M., 377, 790
 Tarello, G., 68, 73, 205, 208, 237, 239, 446, 449, 454, 541, 546
 Tarski, A., 79, 172
 Taylor, C., 170, 779, 785
 Thomasius, Chr., 373, 384
 Tomassini, R., 281
 Torbisco, N., 788
 Treggiari, F., 778
 Treves, G., 74
 Trimarchi, P., 542
 Troper, M., 796, 817, 895

 Ulpiano, 134, 500, 540, 758, 797

 Vacca, L., 278 s., 282
 Valadés, D., 540
 Varela, F. J., 901
 Vázquez, R., 382, 540, 788
 Venuti, M. C., 790
 Venzi, G., 380
 Verdross, A., 376, 387
 Vernengo, R. J., 69, 779
 Vertova, F. P., 392, 540
 Viano, C. A., 779
 Vico, G., 110, 113, 134, 552
 Vile, M. J., 905
 Villa, V., 73, 898
 Villorio, L., 788
 Viola, F., 376 s., 453, 779, 790, 895
 Visintini, G., 679
 Vitale, E., XII, 778, 788
 Vitoria, F. de, 376, 387
 Vulteius, H., 279

 Wach, A., 544
 Walzer, M., 785, 788
 Weber, M., 9, 66, 68, 210, 240, 453, 456
 Wheare, K. C., 905
 Wieacker, F., 387
 Williams, B., 792
 Williams, G., 66
 Windscheid, B., 279 s., 378, 384, 393 s., 450, 540, 602, 674, 676, 678, 786
 Wittgenstein, L., 240 ss.
 Wolff, Chr., 110
 Wright, G. H. von, 130, 133, 137, 168, 203, 238 s., 242, 449, 669 s., 675

Wroblewski, J., 65, 546

Zaccaria, G., 447

Zagrebelsky, G., 549, 551, 553, 892, 904

Zarifian, P., 376

Zatti, P., 373 s.

Zeno Zencovich, V., 373, 787

Zincone, G., 392

Zitelmann, E., 677

Zolo, D., XII, 78, 132, 392, 540, 778,
783, 785, 902

Zuffa, G., 382

ÍNDICE DE MATERIAS*

- absolutos (derechos o deberes *erga omnes*) (ASS, D10.32), 191, 618-624;
 – correlativos a (deberes y derechos) universales, 620-621.
- abstracción: *vid.* reglas.
- acciones positivas, 753-755.
- acto/s (ATT, D5.2), 247-248, 256-259;
 – colectivo, 359-363;
 – como actuación de modalidades o de expectativas, 257, 273;
 – como actuación de situaciones, 295-297, 301;
 – como causa de efectos, 256-259, 273, 301;
 – como sinónimo de ‘causa’, 258;
 – originario, 273;
 – plurilateral, 359;
 – plurisubjetivo, 359;
 – principio de legalidad de los: *vid.* principio de legalidad;
 – tipicidad de los: *vid.* causa, principio de legalidad.
- acto/s constitutivo/s (ACO, D9.10), 301, 326, 342, 357-358, 482-483;
 – (puramente) constitutivos de estatus singulares, 483;
 – preestablecidos por normas hipotético-constitutivas, 483, 503;
 – sometidos sólo a normas formales, 491, 495;
 – sometidos sólo al principio de legalidad mera o formal, 486;
 – y decisionales de estatus normativos (o de normas constitutivas): *vid.* decisiones constitutivas.
- acto constituyente (ACT, D12.3), 274-278, 804, 809-812;
 – como acto informal facultativo, 473-474, 810;
 – como acto institutivo de grado supraordenado a todos los demás, 809-810.
- acto/s formal/es (AFO, D9.2), 464, 469-472;
 – como actos dotados de forma, como condición de su eficacia, 469-470;
 – como actos lingüísticos, 465, 469-470;
 – como aplicación de (al menos una) norma, 465, 527-528;
 – como observancia de alguna norma formal, 493;
 – como observancia o inobservancia de normas formales, 491;
 – distinguidos en actos preceptivos y actos instrumentales, 470: *vid.*;
 – productores sólo de efectos jurídicos, 464-465;
 – sometidos al principio de estricta legalidad en cuanto a los significados, 472;
 – sometidos al principio de mera legalidad en cuanto a la forma, 471.
- acto/s informal/es (AIN, D9.3), 464-465, 469;
 – como actos no dotados de forma, 469;
 – como actos no lingüísticos, 464;
 – como simples supuestos de hecho de normas, 465;

* A cada término teórico se reserva un lema propio con la indicación, en cursiva, de las páginas en que están formuladas las definiciones. La abreviatura «prim.» significa término primitivo.

- distinguidos en ilícitos, cumplimientos, incumplimientos y facultativos, 473-474;
- productores también de efectos de hecho, 464;
- sometidos al principio de mera legalidad de los actos y de estricta legalidad de los efectos, 475.
- acto/s institutivo/s (AIS, D8.16), 440, 455 nota 31.
- acto/s instrumental/es (AST, D9.8), 479-481;
 - como fragmentos o requisitos de forma de los actos preceptivos, 478-480.
- acto/s inválido/s: *vid.* invalidez.
- acto/s legislativo/s (ALE, D12.25), 852-856, 877-878.
- acto/s lícito/s, o simple o simplemente debido, 259-263;
 - inconsistencia teórica del concepto de, 260-263.
- acto/s preceptivo/s (APR, D9.7), 213, 479, 481-487;
 - diferenciados en decisiones y actos constitutivos, 481-484: *vid.*
- acto/s válido/s: *vid.* validez.
- actuabilidad/actuante (ATB, D6.2), 305-308;
 - como el conjunto de las posibles actuaciones de una situación, 307-308.
- actuación/es (ATZ, D2.7), 94, 138-139, 155-158;
 - actos como _ de situaciones, 296;
 - y efectividad e ineffectividad:
 - de las modalidades y de las expectativas, 159-164;
 - de las normas, 426-430;
 - de las reglas, 232-237;
 - de las situaciones, 314-316.
- ambigüedad sintáctica, 98-99.
- análisis del lenguaje legal, 9-10, 44, 48; *vid. tb.* interpretación jurídica.
- animales (derechos de los), 328.
- antinomia/s (ANT, D10.43), 11-14, 20, 25-28, 33, 50, 70 nota 19, 110-115, 134 nota 17, 136 nota 23, 164-166, 190-191, 644-651, 857-862;
 - como factor de ilegitimidad, 114;
 - como vicio sustancial por realización de una decisión prohibida, 645-647, 858-860;
 - conectado a los desniveles normativos, 648, 861-862, 865;
 - que comporta la obligación de su remoción, 651;
 - criterios de solución de las, 12-13, 112-113;
 - criterio jerárquico como metanorma deontica o regulativa, 12-13, 650-651;
 - criterios cronológico y de especialidad como metanormas constitutivas, 12, 650-651;
 - diferencias con las _ (aparentes) solubles por el intérprete, 12, 648-651, 858-859;
 - expresadas por el cuadrado de los modos deonticos, 164;
 - superación de las _ impuesta por el paradigma constitucional, 26.
- antropomorfismo:
 - en la concepción usual de la persona jurídica, 347.
- anulabilidad/anulable (ANB, D9.32), 520-525, 625-626;
 - como efecto de un acto inválido, 521-523;
 - como situación pasiva, 295, 322 nota 5, 522-523;
 - consistente en la expectativa de la constatación de la invalidez y de la cesación de los efectos ilegítimos, 522-523.
- anulación (ANN, D9.33), 520-525, 625;
 - como acto de constatación y de realización de la anulabilidad, 522-523;
 - obligación de la _ como garantía de la anulabilidad, 522-523.
- aplicación (APL, D9.34), 320, 465, 494, 525-529;
 - como acto formal o decisión donde sean obligatorios la forma o el significado, 526.
- aplicación formal (AFL, D9.36), 527-529, 825;
 - como acto formal en el que sea obligatoria la forma, 528;
 - como conformidad a normas formales, 530.
- aplicación sustancial (APS, D9.37), 527-529, 825;
 - como decisión en la que sea obligatorio el significado, 528;
 - jurisdiccional por la inobservancia de una norma deontica, 532;
 - propia del ejercicio de las funciones de garantía, 826-827.
- argumentación jurídica, 317.
- artificialidad/artificialismo, 251, 346; *vid.* convencionalismo.

auctoritas non veritas facit legem, 15, 110-111, 132 nota 12, 463, 468, 828.

autodeterminación:

- colectiva, 365;
- de la maternidad, 333-338;
- como inmunidad, 334-337;
- de los pueblos, 367-368, 390-391 nota 49.

autonomía:

- como fundamento positivo de los fenómenos jurídicos, 346-347;
- negocial como situación activa, 293-294; *vid.* derechos de autonomía;
- y libertad, 126-128, 152-154, 703-704, 711-713.

autor (AUT, D3.1), 178-182;

- como figura coextensiva a comportamiento, 178;
- y modalidades y expectativas, 178.

avaloratividad:

- tesis de la _ de la ciencia jurídica y de la teoría del derecho, 19-20, 29, 35-36.

bien/es (BEN, D7.19), 201, 247-248, 370-373, 733-742;

- como objeto de derechos, 372;
- derechos sobre, 372.

bienes comunes (BCO, D11.30), 202, 734-739, 739-740.

bienes demaniales (BDE, D11.32), 739-740, 791 nota 49.

bienes fundamentales (BFO, D11.28), 201-202, 372, 733-735, 737, 739-740;

- indisponibilidad: *vid.* indisponibilidad deóntica;
- por una carta de los, 738.

bienes ilícitos (BIL, D11.33), 371, 740-741.

bienes inmateriales (BIM, D7.21), 371-372.

bienes materiales (BMA, D7.20), 371-372.

bienes muebles o inmuebles, 371.

bienes patrimoniales (BPA, D 11.27), 201, 372, 733-735, 739-740.

bienes personalísimos (BPE, D11.29), 202, 372, 734-739.

bienes privados, 739-740.

bienes públicos, comunes o demaniales, 739-740;

- identificados por normas tético-constitutivas, 740.

bienes sociales (BSO, D11.31), 202, 372, 734-739.

capacidad de obrar (CPA, D7.7), 178, 180, 338-342;

- extensión del concepto de _, como categoría general del derecho, 339-341;
- predicable sólo de las personas naturales, 343-345, 386 nota 36;
- presupuesto de los derechos secundarios o de autonomía, 686-689, 692, 694-696.

capacidad jurídica (CPG, D7.8), 178-180, 338-342;

- extensión del concepto de _, como categoría general del derecho, 339-341;
- predicabilidad también de las personas artificiales, 345-346, 382 nota 26, 383 nota 29.

capaz de obrar (CAA, 7.9), 338-340.

capaz jurídicamente (CAG, D7.10), 338-340.

carga (ONE, D10.3), 557-561;

- como modalidad de actos instrumentales, 557-558, 560-561.

causa (CAU, prim.), 81, 86-87, 96-97, 249-270;

- como concepto basilar de la teoría, 251;
- como razón jurídica de cualquier efecto jurídico, 255-256, 269;
- como razón jurídica para la acción, 254, 269-270;
- como tipo normativo, 252-253;
- concepción subjetivista y concepción objetivista de la, 252-253;
- extensión del concepto de _ como categoría general del derecho, 86-87, 252-270;
- coextensiva con 'efecto' y con 'acto', 249, 258-259;
- desarrollo histórico del concepto de, 252-253, 278-280 notas 3-10.

causalidad jurídica como sinónimo de eficacia: *vid.* eficacia.

certeza del derecho, 113, 222, 423;

- al precio de la incoherencia, 113.

ciencia jurídica:

- modelo integrado de la, VII, 8, 40.

ciudadanía (CTZ, D7.18), 365-370, 391-392 notas 51-54;

- crítica de la identificación de los derechos fundamentales con los derechos de, 708-710, 783-785 notas 20-24 y 26;
- presupuesto de los derechos del ciudadano, 686-689, 691, 694-696;
- y desigualdad, 369.

ciudadano/s (CIT, D7.17), 366-370.

codificaciones, 461.

coherencia: *vid.* coherente:

- de la teoría, IX-X, 26, 48, 51-52, 76 nota 43;
- de los ordenamientos, 14, 26-29, 32, 34, 164-166; *vid.* antinomias, ordenamiento;
- como *principium iuris tantum* expresado por el cuadrado de los modos deónticos, 164-166.

coherente (COE, D9.15), 494-497, 303,

- 398, 414, 529; *vid.* coherencia:
- como connotación del lenguaje *sobre* y no *de las* normas, 494;
- como dimensión nomoestática, 536;
- significado (de una decisión) observante de normas sustantivas, 494.

colectivo (COL, D3.8), 192-195, 359-

365; *vid.* acto *_*, situación *_*, sujeto *_*.

comisión, 106-108, 128 nota 1, 131

- nota 7, 197;
- contingencia de la *_* y de la omisión, 145.

competencia (CPZ, D10.10), 583-587;

vid. normas de competencia;

- como estatus de los sujetos de la representación orgánica, 585;
- como capacidad de obrar de los funcionarios encargados de funciones representativas, 586-587;
- pre-dispuesta, como competencia representativa, por normas de competencia hipotético-constitutivas, 588-589;
- como capacidad jurídica de las personas artificiales titulares de funciones institucionales, 587;
- dispuesta, como competencia institucional, por normas de competencia tético-constitutivas, 588-589;

- como noción compleja, 583-592;
- como requisito de forma de los actos mediante los que es ejercida, 577, 588-592;
- y validez, 591.

comportamiento (COM, prim.), 81, 83,

- 94, 122, 248;
- colectivo, 193-195;
- comisiones u omisiones; *vid.* comisión, omisión;
- como figura coextensiva con 'autor', 178;
- propio o ajeno, 197;
- y efectividad, 163.

comunicación jurídica, 321, 487, 499, 526, 801-802.

conceptos dogmáticos: *vid.* definiciones de los conceptos jurídicos.

conceptos teóricos: *vid.* definiciones de los conceptos jurídicos.

condena (CON, D10.34), 626-628;

- como constatación de un ilícito e irrogación de una sanción, 626-628;
- obligación de la *_* como garantía de la responsabilidad, 627-628.

confederación/es: *vid.* instituciones confederales.

conflicto de intereses:

- como incompatibilidad entre los intereses del representado y los del representante, 353, 572-573, 577, 816;
- en la representación jurídica, 353-354;
- en la representación política, 353-354;
- como oposición entre funciones y potestades, 572.

conflicto entre derechos: *vid.* derechos de libertad.

conforme/conformidad (COF, D9.14), 14,

- 231, 303, 398, 414, 494-497, 529-530;
- como correspondencia formal, 530;
- como hecho nomodinámico, 536;
- de la forma (de un acto formal) observante de una norma formal, 494.

conjunto (INS, prim.), 81, 86;

- de actos, de situaciones, de sujetos, 193, 360, 594; *vid.* colectivo;
- de normas, 432, 597, 841; *vid.* ordenamiento, estatuto, constitución.

constatación/constatado (ACC, prim.): 81,

- 87, 97, 316-321, 626.

constitución/es (CST, D12.22), 414, 462,

- 803, 841-843;
- como estatuto de una institución política originaria, 596, 598-599, 814;
- contemplada como ordenamiento, 846-847;
- contemplada como sujeto artificial, 846-847;
- democrática, 803-804, 814-815, 844;
- normas de reconocimiento (y requisitos formales), 815, 841, 844-845, 851-852, 873;
- división de poderes, 814, 844-845, 850-851;
- representatividad de las funciones de gobierno, 814, 844-845, 850-851;
- separación de poderes, 814, 844-845, 850-851;

- noción:
 - axiológica, referida a los contenidos de las normas, 813-814, 843-846;
 - estructural, referida a la colocación en el vértice de las fuentes, 813-814, 842-843;
- razón social (y requisitos sustanciales), 814, 844-845, 850-851, 872;
- consistente en la garantía de los derechos estipulados como vitales, 814, 844-845, 850-851;
- revisión de la, 811, 843;
- rigidez de la, 843.
- constitucionalismo, IX, 24-28, 29-30, 33, 39, 71-72 nota 25, 414, 468-469, 803-804;
 - caracterizado por normas sustantivas sobre los significados de las leyes, 534-535;
 - de derecho privado, 774;
 - consistente en límites y vínculos al mercado, 774;
 - de derecho público, 773;
 - consistente en límites y vínculos a la política, 774;
 - ético, 16;
 - garantismo como la otra cara del, 33.
- constituido o no constituyente, 258, 270, 274-278, 298-301, 311-314, 345-348, 365-370; *vid.* constituyente.
- constitutividad: *vid.* precepto;
 - en sentido débil o lato, 260, 268, 289-290;
 - de todos los actos formales, 477-478;
 - de todos los preceptos, incluso los deónicos, 214-219;
 - en sentido fuerte o estricto, 214-219;
 - sólo de los actos constitutivos, 477-478;
 - sólo de los preceptos constitutivos, 214-219.
- constituyente/s (COS, prim.), 81, 87, 96-97, 249-251, 274-278, 298-301, 311-314, 345-347, 365-370; *vid.* acto ₁, poder ₁, situación ₁, sujeto jurídico ₁.
- contenido/s de los actos formales: *vid.* significado jurídico.
- convencionalismo:
 - de las definiciones teóricas, 21-23;
 - de los postulados y de las definiciones de la teoría, 21-23;
 - del derecho, 32;
 - del lenguaje teórico, VIII, 19-23, 31-32.
- correspondencia/correspondiente (COR, D9.38), 494, 530-531;
 - como aplicación, 531;
 - formal como conformidad, o aplicación formal, 531;
 - sustancial como subsunción, o aplicación sustancial, 531.
- cosa (COA, D3.11), 199-202, 371-372;
 - como entidad utilizable, 199-201;
 - *in commercium*, *extra commercium*, 201;
 - *in patrimonium*, *extra patrimonium*, 201.
- costumbre/s (CNS, D12.33), 285 nota 35, 867-872;
 - efectividad como condición de existencia, 870;
 - relevancia moderna, 871-872.
- cuadrado/s deónico/s, 27;
 - de las expectativas deónicas, 27, 130 nota 6, 145-151;
 - y garantías primarias, 27;
 - y lagunas (principio de plenitud), 27, 164;
 - de los modos y de las modalidades deónicas, 27, 106-109, 115-118;
 - y antinomias (principio de no contradicción), 27, 164;
 - y garantías secundarias, 27;
 - interpretación nomodinámica del, 123-128.
- cuadrado lógico de las oposiciones, 105-107, 129 nota 2;
 - interpretación del cuadrado, 106-109, 129-130 notas 3-6;
 - como cuadrado de las expectativas; *vid.* cuadrado deónico;
 - como cuadrado de las modalidades deónicas; *vid.* cuadrado deónico;
 - como cuadrado de las voluntades, 118-119, 130-131 nota 6, 281 nota 13;
 - como cuadrado de los intereses, 130 nota 6, 197-198;
 - como cuadrado de los modos aléticos, 106-107;
 - como cuadrado de los modos deónicos; *vid.* cuadrado deónico;
 - como cuadrado de los modos ónticos, 106-107.
- cuantificadores:
 - papel de los ₁ en la teoría de la vigencia y de la validez, 467, 493, 499-500, 502-503, 505-506, 509.
- cumplimiento (ADE, D9.5), 473.

- deber/es (DOV, D10.2), 291, 293, 557-561;
- meros _ como modalidades no consistentes en situaciones, 291-293;
 - obediencia y desobediencia a los, 559-560.
- deber/es negativo/s (DON, D10.29), 616-618.
- deber/es positivo/s (DOP, D10.28), 616-618.
- deber ser y ser, 15-17, 140-141, 166-168
- notas 2-3, 218; *vid. tb.* divergencias deónticas;
- de derecho (entre deber ser jurídico y ser factual), 10, 16-17, 36-37, 140-141;
 - del derecho (entre deber ser político y ser jurídico), 15-16, 17-18, 36-37;
 - en el derecho (entre deber ser constitucional y ser legislativo), X, 13-14, 16, 18, 24-30, 33, 38.
- deberes fundamentales (DOF, D11.26), 730-733.
- decisión/es (DEC, D9.9), 482;
- como observancia o inobservancia de normas sustantivas, 491;
 - constitutiva, 483-486;
 - cuyos significados (situaciones o normas) son decididos por sus autores, 482, 484;
 - requieren la interpretación jurídica, 486-487; *vid.*;
 - sometida también al principio de legalidad estricta o sustancial, 486;
 - sometida tanto a normas formales como a normas sustantivas, 491.
- Declaración de derechos de 1789, 125, 331, 691, 709-710, 742, 751-752, 844.
- Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, 331, 746.
- definiciones de los conceptos jurídicos:
- dogmáticas o lexicales, 44-47;
 - normativas, 408-409 *vid.* normas institutivas;
 - teóricas:
 - como _ estipulativas, VII-VIII, 44-48;
 - como _ formales, 18, 31-34, 684, 689, 742;
 - condicionales o parciales, 161.
- democracia/s, democrático (DEM, prim.), 30, 81, 88, 346; *vid.* democracia constitucional;
- articulada en:
 - dimensiones: formales y sustanciales, 707, 774-775, 851-852, 880;
 - forma: civil y política, 707;
 - sustancia o contenido: liberal y social, 707.
- democracia civil (DCC, D12.37), 882-884; *vid.* autonomía, derechos civiles.
- democracia constitucional (DCO, D12.23), VII, X-XI, 6-7, 19-20, 26-30, 34-35, 39-40, 101, 112, 114, 126, 415, 850-852;
- contrato social como metáfora de la, 776;
 - cuatro democracias, 879-884;
 - dimensiones de la _ (dos formales y dos sustanciales), 30, 883;
 - formal, identificada por las normas constitucionales de reconocimiento, 414-415, 852, 872-873, 880; *vid.*
- democracia formal;
- civil, 873; *vid.* democracia civil;
 - política, 873; *vid.* democracia política;
 - sustancial, identificada por las normas constitucionales sobre la razón social, 414-415, 852, 872-874, 880; *vid.* democracia sustancial;
 - liberal, 874; *vid.* democracia liberal;
 - social, 874; *vid.* democracia social;
 - niveles: estatal, internacional, local, 884;
 - requisitos, normas de reconocimiento y razón social: *vid.* constitución democrática.
- democracia formal (DCF, D12.34), 881-882;
- normas de reconocimiento de la: *vid.* representación política.
- democracia liberal (DCL, D12.38), 882-884;
- razón social de la; *vid.* (garantía de los) derechos de libertad y derechos sociales.
- democracia política (DCP, D12.36), 882-884;
- normas de reconocimiento de la: *vid.* representación política, división de los poderes, separación de poderes.
- democracia social (DCS, 12.39), 882-884;
- razón social de la: *vid.* (garantía de los) derechos sociales.
- democracia sustancial (DCZ, D12.35), 881-882;
- razón social de la: *vid.* (garantía de los) derechos de libertad y derechos sociales.

- deóntica, VII, 7, 27, 99, 109-115;
 – como lógica, 109, 130-131 nota 6;
 – como teoría, 109;
 – dimensión pragmática de la, 114-115;
 – principios de la _ en los sistemas nomodinámicos como *principia iuris tantum*, no descriptivos sino normativos, 113, 115, 164-166;
 – términos primitivos de la, 105.
- derecho a la igualdad: *vid.* igualdad jurídica.
- derecho ilegítimo, 14, 33, 114, 498, 861.
- derecho jurisprudencial, 17;
 – como sistema tendencialmente nomoestático, 110.
- derecho penal mínimo y paz, 838.
- derecho positivo, VII, XI, 4-7, 14-15, 24-25, 37, 66 nota 5, 100, 109-113, 125, 251, 370;
 – como lenguaje, 36;
 – como mundo de signos y de significados, 424;
 – como red o sistema de redes: *vid.* red;
 – como sistema de garantías, 348-349;
 – como sistema nomodinámico, 25-26, 111-115, 190; *vid.* nomodinámica;
 – cuatro consecuencias teóricas y metateóricas, 112-115, 132-133 nota 13;
 – dentro del cual los principios lógicos y deónticos son principios normativos, 112, 115;
 – como universo lingüístico, 303;
 – como universo simbólico, 31, 35, 297, 425;
 – existencia de las normas de _ como hecho empírico, 111-112;
 – regulación jurídica de la producción jurídica como rasgo del, 462-464, 534.
- derecho público y derecho privado; *vid.* público y privado.
- derechos activos (DAT, D10.26), 613-614.
- derechos biológicos, 735.
- derechos civiles (DCI, D11.8), 293, 697-698, 700, 711.
- derechos colectivos, 387 nota 40, 723, 787-788 nota 35.
- derechos comunitarios, 723.
- derechos culturales, 723-724, 788 notas 36-37.
- derechos de autonomía (AUT, D11.4), 701-705.
- derechos de autonomía civil (AUC, D11.16), 703-705, 711-717;
 – y (derechos de) libertad, 126-128, 152-154, 703-704, 711-713; *vid.* derechos de libertad.
- derechos de autonomía política (AUP, D11.17), 703-705.
- derechos de la persona o de la personalidad (DDP, D1.2), 691-696.
- derechos de libertad (LIB, D11.15), 128, 154, 187, 294, 703-705; *vid.* libertades;
 – frente a y de, 712, 715; *vid.* derechos de libertad frente a, derechos de libertad de;
 – y (derecho de) propiedad, 600-603, 712;
 – y (derechos de) autonomía, 126-128, 152-154, 703-704, 711-713;
 – los primeros como límites al ejercicio de los segundos, 712-717, 861-862.
- derechos de libertad de (LDI, D11.13), 701-705;
 – límites al ejercicio de los derechos de autonomía, 712-716, 861-862;
 – límites deónticos al ejercicio de los, 716.
- derechos de libertad frente a (LDA, D11.12), 701-705;
 – límites al ejercicio de los derechos de libertad y de autonomía, 715-716;
 – límites físicos a los, 716.
- derechos débiles, 654, 864.
- derechos del ciudadano o de ciudadanía (DDC, D11.3), 691-696; *vid.* ciudadanía.
- derechos ecológicos, 735.
- derechos-facultad (DIF, D10.24), 610-614, 676-677 nota 35.
- derechos fundamentales (DFO, 11.1), 22, 187, 684-690;
 – como derechos indisponibles, 720; *vid.* inderogabilidad de _, indisponibilidad;
 – como derechos universales, 686-689, 719, 774-775;
 – cuatro diferencias de estructura frente a los derechos patrimoniales, 719-723; *vid.* derechos;
 – de las personas, o de los ciudadanos o de los capaces de obrar, 686-689, 691;
 – e igualdad (en los), 340-341, 687-688, 722, 728-729;
 – tipologías, 698, 705, 707;
 – civiles, políticos, de libertad, sociales, 706-710: *vid.*;

- como connotaciones intensionales de la democracia, 707;
 - civiles y políticos, relativos a las formas, 707: *vid.*;
 - de libertad y sociales, relativos a la sustancia, 707: *vid.*;
 - de la persona y del ciudadano, 691-696, 708-710: *vid.*;
 - como bases de los niveles extensionales de la democracia, 707-708;
 - humanos, públicos, civiles, políticos, 696-701: *vid.*;
 - individuales (de libertad y de autonomía) y sociales, 701-705;
 - primarios y secundarios, 594-595, 691-696: *vid.*;
 - y esfera pública, 689;
 - y garantías (distinción entre), 861-867.
- derechos humanos (DUM, D11.6), 696-699.
- derechos individuales (DIN, D11.11), 701-705.
- derechos-inmunidad (DIM, D10.23), 609-611.
- derechos negativos (DNE, D10.22), 609-611;
- diferenciados en derechos-inmunidad, derechos-facultad y derechos-potestad, 609-610.
- derechos pasivos (DPS, D10.27), 613-614.
- derechos patrimoniales (DPA, D11.19), 187, 717-719;
- como derechos disponibles, 718-720;
 - como derechos singulares, 718-719;
 - cuatro diferencias de estructura frente a los derechos fundamentales, 719-721; *vid.* derechos;
 - diferenciados en derechos reales y derechos personales, 724-727: *vid.*;
 - y desigualdad, 722.
- derechos personales (DPE, D11.21), 724-728.
- derechos políticos (DPL, D11.9), 294, 697-698, 700-701.
- derechos positivos (DPO, D10.21), 608-611.
- derechos-potestad (DIP, D10.25), 610-614, 677 nota 36;
- como derecho-poder consistente en potestades, 611.
- derechos primarios (o sustanciales) (DPR, D11.4), 691-696.
- derechos públicos (DPU, D11.7), 696-701.
- derechos reales (DRE, D11.20), 724-729.
- derechos secundarios (o instrumentales) (DSE, D11.5), 691-696.
- derechos sociales (DSO, D11.10), 701-705.
- derechos/o (subjettivos/o) (DIR, D10.20), 146, 199, 294-295, 600-604, 605, 606-624;
- como expectativas de prestaciones o de no lesiones, 604-605;
 - como expectativas positivas o negativas, 145-146;
 - como situaciones pasivas unidas o no a facultades o a potestades, 607;
 - correlativa a los deberes que son sus garantías, 606-607, 615-618;
 - implicada por la existencia de los correspondientes deberes, 615-617, 677-678 nota 38;
 - construcción moderna basada sobre la confusión entre propiedad y libertad, 600-603, 672-673 notas 21-25;
 - tipología, 608-609, 613-614, 621, 698, 705, 707, 726;
 - derechos fundamentales y derechos patrimoniales, 608, 684-729, 712;
 - cuatro diferencias de estructura, 719-723, 773, respectivamente;
 - dispuestos por normas téticas y predispuestos por normas hipotéticas, 720-721;
 - garantizados en la esfera pública y operantes en la esfera privada, 721, 746;
 - indisponibles y disponibles, 720;
 - universales y singulares, 719-720;
 - derechos negativos y derechos positivos, 608-610: *vid.*;
 - derechos pasivos y derechos activos, 608, 613-614: *vid.*;
 - derechos universales y derechos singulares, 608, 618-624: *vid.*;
 - y garantías, 30-34;
 - y libertades, 123-128, 151-155.
- derechos vitales (DVI, D12.21), 838-841;
- garantía de los _ como condición de la paz, 838-840;
 - génesis y desarrollo histórico, 840.
- designación (DES, D10.12), 593-594.
- desigualdades:
- antijurídicas o discriminaciones, 747;
 - jurídicas, 729;
 - en los derechos patrimoniales, 340-341, 743-745;

- sociales, 705, 746;
 - reducidas por el principio de igualdad en los derechos sociales, 746.
- desobediencia (INO, D2.10), 156-158.
- destinatarios de las normas, 408-409.
- desventaja (SVA, D3.10), 196.
- diferencias (personales), 705, 746, 756;
 - como hechos, 751-752;
 - cuatro modelos de tratamiento jurídico de las __, 748-752;
 - diferenciación jurídica, 748-751;
 - igual valoración jurídica, 750-752;
 - indiferencia jurídica, 749, 751;
 - homologación jurídica, 750;
 - garantías de las __ como garantía de la igualdad, 753-754;
 - negativas, que excluyen la relevancia de las diferencias, 753;
 - positivas, que dan relevancia a las diferencias, 753-754; *vid.* acciones positivas;
 - protegidas por el principio de igualdad en los derechos de libertad y de autonomía, 746.
- dignidad (igual) de las personas, 746-747.
- dinámica del derecho: *vid.* nomodinámica.
- disciplinas jurídicas positivas, 17, 24-25; *vid.* dogmática jurídica.
- disconformidad, 15, 231.
- discrecionalidad:
 - interpretativa, 493;
 - judicial, 497;
 - política y administrativa, 497.
- discriminaciones, 747-748; *vid.* diferencias.
- disponible/disposición (DIS, D11.18), 717-719.
- divergencias deónticas (*vid.* *tb.* deber ser y ser del derecho, de derecho y en el derecho), VII, 10-19, 24-30, 36-40, 49-50, 141, 236, 421-422, 515, 520, 651-654, 772;
 - entre justicia y validez, 15-16, 25, 37, 39-40;
 - entre validez y vigencia, 16-17, 25, 39-40, 113-114, 421-422, 515, 520, 651-654, 772;
 - entre vigencia y efectividad, 16-17, 25, 36-37, 39-40, 141, 236, 772.
- división (o con-división) de poderes (DVP, D12.5), 817-819;
 - contrariedad respecto a la separación de poderes, 819-822;
 - fundada sobre la fuente común de legitimación, 824;
 - propia de todas las funciones públicas, 829;
 - y control, 829.
- división (o con-división) funcional de poderes (DVF, D12.7), 819;
 - contrariedad respecto a la separación funcional de poderes, 821-822.
- división (o con-división) orgánica de poderes (DVO, D12.6), 819;
 - contrariedad respecto a la separación orgánica de poderes, 821-822.
- dogmática jurídica, 4, 8-11, 15, 17-20, 24, 29, 32, 36-47, 67 nota 9, 115;
 - conceptos de la, 20, 44-46;
 - dimensión valorativa de la, 20;
 - lenguaje (observacional) de la, 43-46; *vid.* lenguaje, método.
- efectividad/efectiva (ETT, D2.13), 14, 16, 18, 25, 35-36, 40, 50, 97, 139, 159-164, 232-237, 290, 317-318, 426-430, 654-655;
 - como condición de existencia de las costumbres, 870;
 - concepción semántica de la, 160;
 - de las modalidades y de las expectativas, 159-164;
 - de las facultades, de las obligaciones y de las expectativas positivas, 160, 163-164;
 - de las prohibiciones y de las expectativas negativas, 160, 163-164;
 - de las normas, 426-429;
 - grado de, 9, 427-428;
 - de las normas sobre la producción y validez de las fuentes y legitimidad de las normas producidas, 878-879;
 - de las reglas deónticas, 232-237;
 - grado de, 162, 232-237; *vid.* efectividad de grado n;
 - de las situaciones, 290, 314-316.
- efectividad de grado n (ETTn, D4.12), 234-237.
- efectividad primaria o de primer grado (ETP, D10.49), 317-318, 656-658; *vid.* garantías primarias, normas primarias, razones primarias para la acción.
- efectividad secundaria o de segundo grado (ETS, D10.51), 317-318, 656-658; *vid.* garantías secundarias, normas secundarias, razones secundarias para la acción;
 - en relación de interacción con la efectividad primaria, 660-661;
 - en relación de oposición con la efectividad primaria, 659-661.

- efecto/s (EFF, D5.1), 248, 249-251, 256-270, 278 nota 2;
- como razón/es para actuar o para no actuar, 269-270;
 - no queridos como razón para no actuar, 269-270;
 - queridos como razones para actuar, 269-270;
 - jurídicos de derecho, 268;
 - jurídicos de hecho, 268;
 - pluralidad de los _ del acto, 267.
- eficacia (EFC, D5.3), 159, 214, 266-270, 549 nota 31;
- como categoría general del derecho, 266-270;
 - como causalidad jurídica, 267;
 - como conexión normativa, 267;
 - como constitutividad en sentido lato, 268;
 - como el conjunto de los efectos del acto, 267;
 - como relevancia jurídica, 267;
 - y efectividad, 267-268;
 - y normatividad, 269.
- eficaz: *vid.* eficacia.
- ejercicio (ESE, D2.8), 156.
- elección (ELE, D10.15), 594.
- embrión, 333-338.
- enunciación/es, 212.
- enunciado/s, 212.
- esfera de lo decidible, 775;
- propia de la acción de las funciones de gobierno, 825, 828;
 - vinculada al respeto de las normas sustantivas, 825.
- esfera de lo no decidible, 775, 802;
- de lo no decidible que, en garantía de los derechos de libertad, 775;
 - de lo no decidible que no, en garantía de los derechos sociales, 775;
 - tutelada por las funciones de garantía, 825, 828;
 - vinculada a la aplicación sustancial de las normas sustantivas, 825.
- esfera privada (SPR, D11.37), 746, 759-763, 764-768, 773; *vid.* público y privado.
- esfera pública (SPU, D11.36), 191, 349, 746, 759-763, 764-768, 773; *vid.* público y privado;
- como esfera de la igualdad, 767;
 - definida y constituida por las constituciones, 875;
 - desarrollo histórico de la, 767-768, 776-777;
 - separación de la _ de la esfera privada como producto de la Modernidad, 767-768.
- Estado, 325, 346, 350, 357-358, 370, 847, 850;
- crisis del, X, 884.
- estado de derecho, VII, 6-7, 19, 100, 125, 222, 313, 462-464, 565, 801-803; *vid.* principio de legalidad;
- como minimización del poder, 562;
 - crisis del, 4, 8;
 - en sentido estricto o fuerte, como _ constitucional, 6-7, 11-13, 16, 19, 25-26, 31-32, 35, 38-39, 112-113, 126, 128, 134-135 nota 17, 190, 304, 414, 461-463, 488, 562, 802-804;
 - como regulación (también) del deber ser del derecho, 463;
 - en el que la ley es (también) condicionada, 461, 802;
 - incluso de los significados de las leyes producidas, 534-535;
 - legitimación sustancial en el, 461-462, 562;
 - en referencia (también) a los significados de los actos preceptivos, 462;
 - en sentido lato, débil o formal, como _ legislativo, 6, 12, 125-128, 414, 461, 562, 802;
 - como regulación (sólo) del ser del derecho, 463;
 - en el que la ley es (sólo) condicionante, 461, 802;
 - sólo de las formas de las leyes producidas, 534-535;
 - legitimación formal en el, 461, 562;
 - en referencia (solamente) a la forma de los actos preceptivos, 461;
 - inter- o supranacional, 7, 777;
 - liberal, 705, 731, 773;
 - como estado mínimo fundado en los derechos individuales, 705;
 - garantizados por límites fundamentales, 730-732;
 - privado o civil, 777;
 - social, 705, 731, 773;
 - como estado máximo fundado en los derechos sociales, 705;
 - garantizados por vínculos fundamentales, 730-732;
 - y lenguaje jurídico, 801-804.
- estado de naturaleza:
- concepciones del, 124.

estado legal:

- como estado de derecho en sentido débil, 461, 539-540 nota 1.

estática del derecho: *vid.* nomoestática.

estatus (STA, prim.), 81, 84-85, 95-96, 176-178;

- como figura de cualificación óptica, 176;

- como significado prescriptivo, 176-178, 209;

- *status personae*, 327-328, 330-333, 374-375 nota 3; *vid.* personalidad.

estatus jurídico (STG, D7.1), 325-329, 373 nota 1;

- como estatus positivo, 342.

estatuto (STT, D10.17), 595-600;

- como conjunto de normas formales y sustantivas sobre la producción, 597-598;

- de normas formales de reconocimiento de la institución como ordenamiento, 597-599;
- como normas de competencia en orden a la producción normativa, 598-599;

- de normas sustantivas sobre la razón social de la respectiva persona jurídica, 597-599;

- como normas de garantía de las expectativas estipuladas en el, 598-599;

- como efecto de un acto institutivo de una institución, 597-598;

- como norma fundamental de la respectiva institución, 599.

existencia (de prescripciones, de situaciones, de normas): *vid.* vigencia.

expectativa/s (ASP, prim.), 81, 84, 94, 109, 139-140, 145-151, 182-186;

- cognitivas, 151;

- colectivas, 192-195;

- como figuras atómicas o simples, 150, 307;

- como significados, 209;

- contingencia de la actuación y de la no actuación, 159;

- deónticas (o normativas), 151;

- efectividad e ineffectividad de las, 159-164;

- negativas, 84, 139, 147-151;

- positivas, 84, 139, 147-151;

- y comportamientos (también de otros) de realización, 179.

extinciones, 299.

facultades (FAC, D2.3), 109, 141-145;

- efectividad e ineffectividad de las, 160-164;

- meras _ como modalidades no consistentes en situaciones, 291-292.

facultativo (FCO, D1.1), 109, 116-118, 118-128, 135 nota 20.

falacias (ideológicas), 13-14, 18, 40, 76 nota 48;

- ético-legalistas, 40;

- iusnaturalistas, 40;

- normativistas, 40, 141, 879;

- realistas, 40, 141, 879.

federación/es, 889; *vid.* instituciones federales o federaciones;

- y Estados federales, 889.

federalismo, 886-890; *vid.* instituciones federales o federaciones;

- como cuestión de grado, 888;

- grado de, 889.

felicidad e infelicidad de las normas, 429-430.

filosofía de la justicia (o filosofía política normativa), 4, 8, 15, 17-19, 24, 31, 36-40, 42, 47, 71 nota 21.

forma/s (FOR, D9.1), 113, 231, 461-462, 464-469, 540-541 notas 2-3;

- como condición de existencia y/o de regularidad de los actos jurídicos lingüísticos, 468;

- como condición para que el acto formal produzca sus significados como efectos, 466-467;

- como observancia obligatoria de normas formales, 466, 492.

formalismo jurídico, 468.

fuerza (FON, D8.2), 398-399, 447-448 notas 3 y 5;

- jerarquía o escala de las, 854-855.

fuerza formal (FOF, D2.31), 867-868.

fuerza informal (FOI, D12.32), 867-872.

fuerza (uso de la) (FZA, prim.), 81, 87-88, 97-98, 443-446, 626;

- monopolio jurídico de la _ como principio de la paz, 444-446;

- uso legítimo de la _ como corolario del principio de la paz, 444-445;

- y sanción, 628-629.

función/es (FUN, D10.6), 354, 563, 571-578;

- como garantías de las expectativas de los sujetos por cuenta de quienes se atribuyen, 574, 587;

- como poderes discrecionales o vinculados, 576;

- constitutivas, 573;
- decisorias, 573;
- ejercidas en interés de sujetos distintos a sus titulares, 571;
- institucionales (dispuestas por normas) téticas, 573-575, 581, 582-583, 588;
- representativas (predispuestas por normas) hipotéticas, 573-576, 581, 582-583, 588-589.
- función/es administrativa/s (FUA, D11.43), 770-772;
 - de garantía (primaria), 825-827;
 - de gobierno, 825-826.
- función/es de garantía (FGA, D12.12), 532, 825-826;
 - como funciones vinculadas, 577-578;
 - en la esfera de lo no decidible, 824-825, 828;
 - legitimadas por la aplicación sustancial de la ley, 828-829.
- función/es de garantía primaria (FGP, D12.13), 826-827.
- función/es de garantía secundaria (FGS, D12.14), 826-827.
- función/es de gobierno (FGO, D12.11), 532, 825-826;
 - como funciones discrecionales, 577, 770;
 - en la esfera de lo decidible, 824-825, 828;
 - legitimadas por la representación política, 828.
- función legislativa (FUL, D11.42), 770-772;
 - como función de gobierno, 825-826.
- función judicial (FUG, D11.44), 770-772;
 - como función de garantía secundaria, 826;
 - como función vinculada, 577, 770-772.
- función/es privada/s (FPR, D11.39), 763-767.
- función/es pública/s (FPU, D11.38), 763-767;
 - legitimación imperfecta del ejercicio de las, 829.
- funcionario/s (FUZ, D10.9), 579-583;
 - como personas naturales, diferentes de los órganos, 579-580, 582-583;
 - como representantes orgánicos de la persona artificial o de uno de sus órganos, 582.
- garantía/s (GAR, D3.5), 27-30, 150, 158, 186-190, 310, 359;
 - como obligaciones o prohibiciones correspondientes a las expectativas, 188;
 - deber ser de la introducción de las, 190;
 - débiles, 654, 865;
 - deónticas, 33, 158;
 - jurídicas, 158, 630, 768-769;
 - como situaciones activas correspondientes a situaciones pasivas, 310, 359;
 - y funciones: *vid.* funciones, funciones de garantía;
 - y razón social: *vid.* razón social;
 - personales, 186;
 - reales, 186;
 - y relaciones deónticas, 188-190.
- garantía social de los derechos, 840.
- garantías constitucionales (GCO, D12.28), 187, 205-206 nota 9, 865-867.
- garantías constitucionales primarias (GCP, D12.29), 866-867.
- garantías constitucionales secundarias (GCS, D12.30), 866-867.
- garantías débiles, 654;
 - como obligación constitucional de introducir garantías legislativas, 865.
- garantías legislativas, 867.
- garantías negativas (GNE, D3.7), 189, 867.
- garantías positivas (GPO, D 3.6), 189, 867.
- garantías primarias o sustanciales (GAP, D10.39), 27, 192, 317, 630-634; *vid.* efectividad primaria, normas primarias, razones primarias para la acción;
 - como obligaciones o prohibiciones establecidas en garantía de derechos subjetivos, 631;
 - lagunas de, 636;
 - y normas primarias, 643-644.
- garantías secundarias, instrumentales o jurisdiccionales (GAS, D10.40), 27, 192, 317, 630-634, 637-638; *vid.* efectividad secundaria, normas secundarias, razones secundarias para la acción;
 - como obligaciones de anulación o de condena en garantía de la anulabilidad y de la responsabilidad, 631, 638;
 - lagunas de, 638-639;
 - y normas secundarias, 643-644.
- garantismo, 29-30, 33, 187-188, 205 nota 8;
 - como la otra cara del constitucionalismo, 29;
 - internacional, 188;
 - liberal, 188;
 - patrimonial, 188;

- social, 188.
- generaciones futuras, 328, 376-377 nota 7.
- generalidad: *vid.* reglas.
- gobierno: *vid.* funciones de gobierno, instituciones de gobierno.
- gobierno de las leyes y gobierno de los hombres, 562, 665 nota 2.
- grado: *vid.* relación de grado, grado subordinado, grado supraordenado.
- grado subordinado (GSU, D5.5), 271-273, 303-304, 312.
- grado supraordenado (GSO, D5.4), 270-273, 301-305.
- hecho jurídico:
 - inconsistencia teórica del concepto de, 263-266.
- hexágono deónico:
 - de las modalidades deónicas, 141-145;
 - de los modos deónicos, 118-123.
- humanidad:
 - como sujeto jurídico colectivo, 363;
 - patrimonio común de la: *vid.* patrimonio común.
- identidad jurídica: *vid.* personas artificiales.
- identidades personales, 705, 746; *vid.* personas naturales.
- igualdad jurídica (UGU, D11.35), 742-748;
 - basada en los derechos universales o fundamentales, 742-743;
 - como norma consistente en el igual valor asociado a las diferencias, 752, 754-755;
 - de estatus, 340-341;
 - derecho a la, 747;
 - como metaderecho individual a la no discriminación de las diferencias, 747;
 - como metaderecho social a la promoción de las iguales oportunidades, 747;
 - garantía del, como garantía de las diferencias, 753-754; *vid.* diferencias;
 - dimensiones:
 - historicidad de las, 745, 755-756;
 - intensional y extensional, de la, 744-745;
 - semántica y pragmática, de la, 755;
 - formal, en los derechos individuales, para la tutela de las identidades y diferencias personales, 705, 746;
 - y diferencias personales: cuatro concepciones, 748-752; *vid.* diferencias;
 - sustancial, en los derechos sociales, para sostenimiento de la solidaridad y contra las desigualdades sociales, 705, 746;
 - y derechos fundamentales, 340;
 - y generalidad y abstracción de las reglas, 221-222.
- ilegitimidad/ilegítimo (ILG, D9.27), 14, 34, 300, 516-518;
 - de los efectos (normas o situaciones) de actos preceptivos inválidos, 516-517, 877-878;
 - e ineffectividad de las normas sobre la producción, 877-878;
 - grado de, 40.
- ilegitimidad formal (ILF, D9.29), 518-520;
 - de los efectos (situaciones o normas) de actos preceptivos formalmente inválidos, 519.
- ilegitimidad sustancial (ILS, D9.31), 518-520;
 - de los efectos (situaciones o normas) de actos preceptivos sustancialmente inválidos, 519.
- ilícito (ILL, D9.4), 22, 260-263, 292, 473-477, 625;
 - y sanción, 22, 260-261, 292.
- imperativismo kelseniano, 863.
- imperativo/s (IMR, D2.6), 142-145;
 - red de, 182-186.
- imputabilidad, 180; *vid.* imputable;
 - jurídica, 328.
- imputable, 179-182.
- imputación, 179-182; *vid.* imputado;
 - jurídica, 327-329;
 - colectiva, 359-365.
- imputado a (o de) (IMP, D3.3), 179-182.
- incoherencia/incoherente, 113, 231; *vid.* coherencia.
- incompetencia:
 - como vicio de forma, 590-591; *vid.* competencia.
- incumplimiento (INA, D9.6), 473-477.
- inderogabilidad de los derechos fundamentales, 720, 786-787 nota 32.
- indeterminismo jurídico, 428.
- indisponibilidad:
 - alética de los derechos fundamentales, 720, 736;
 - deóntica de los bienes personalísimos y comunes, 736.
- ineffectividad/inefectiva (INE, D2.13,

- D2.14, D4.12, D4.13), VII, 14, 18, 36-37, 39-40, 50, 139, 159-164, 232-237, 290, 314-317, 426-430, 654-655;
- de las modalidades y de las expectativas, 159-164;
- de las facultades, de las obligaciones y de las expectativas positivas, 160, 163-164;
- de las prohibiciones y de las expectativas negativas, 160, 163-164;
- de las normas, 426-429;
- grado de, 427-429;
- de las normas sobre la producción e invalidez de los actos formales producidos, 878-879;
- de las reglas, 232-237;
- grado de, 234-237;
- de las situaciones, 289-290, 314-316;
- grado de ineffectividad, 162, 232-237; *vid.* ineffectividad de grado n.
- ineffectividad de grado n (INEn, D4.13), 234-237.
- ineffectividad estructural (ITT, D10.53), 658-659, 664.
- ineffectividad estructural primaria (ITP, D10.54), 658-659;
- por efecto de lagunas (de normas y de garantías) primarias, 659.
- ineffectividad estructural secundaria (ITS, D10.55), 658-659;
- por efecto de lagunas (de normas y de garantías) secundarias, 659.
- ineffectividad primaria o de primer grado (ITP, D10.50), 317-318, 656-658.
- ineffectividad secundaria o de segundo grado (ITS, D10.52), 317-318, 656-658;
- en relación de interacción con la ineffectividad primaria, 660-661;
- en relación de oposición con la ineffectividad primaria, 659-660.
- ineffecticia jurídica:
- como inexistencia jurídica, 269.
- inexistencia de los actos formales, 253.
- injusticia, 18.
- inobservancia (IOS, D4.11), 230-232;
- y efectividad e ineffectividad:
- de las normas, 426-429;
- de las reglas, 232-237.
- institución/es (ISZ, D8.15), 439-443;
- dos representaciones alternativas, 439-443, 847;
- como ordenamientos dotados de norma de reconocimiento, 440-443;
- y de estructura normativa, 583;
- como personas artificiales dotadas de razón social, 440-443;
- y de estructura organizativa, 583.
- instituciones confederales (CFZ, D12.44), 887-890.
- instituciones constitucionales, 847;
- como instituciones originarias, 847;
- vid.* instituciones originarias, instituciones públicas o políticas.
- instituciones de garantía (IGA, D12.16), 827-831.
- instituciones de garantía primaria (IGP, D12.17), 830-831.
- instituciones de garantía secundaria (IGS, D12.18), 830-831.
- instituciones de gobierno (IGO, D12.15), 827.
- instituciones derivadas (ISD, D12.41), 885-886.
- instituciones federadas (IFT, D12.43), 887-890.
- instituciones federales o federaciones (FED, D12.42), 886-890; *vid.* federaciones;
- separación vertical entre _ e instituciones federadas, 889.
- instituciones ilícitas (ISI, D11.34), 741.
- instituciones internacionales, 888.
- instituciones originarias (ISO, D12.40), 847, 848-849, 885-886.
- instituciones privadas (IPR, D11.41), 765-768;
- como sujetos jurídicos o como ordenamientos, 765-766;
- normas de reconocimiento de las, 765-767;
- razón social de las, 765-767.
- instituciones públicas o políticas (ISP, D11.40), 765-768;
- como sujetos jurídicos o como ordenamientos, 765-766, 847;
- normas de reconocimiento de las _ como ordenamientos, 765-767, 847;
- razón social de las _ como sujetos jurídicos, 765-767, 847.
- instituto (IST, D8.11), 402, 409-411, 450 nota 11;
- como estatus normativo, 409.
- interés (INT, prim.), 81, 86, 94, 195-199;
- a la comisión o a la omisión, 197;
- en comportamientos propios o en comportamientos ajenos, 197;
- legítimo, 615-616.
- interpretación jurídica (INP, D6.6), 9, 13, 20, 44, 208-211, 319-321, 398, 486-

- 487, 511; *vid. tb.* análisis del lenguaje legal;
- discrecionalidad de la, 20;
 - doctrinal, 221, 320, 423, 452 nota 18, 487, 533;
 - operativa, 97, 221, 320, 423, 452 nota 18, 487, 533, 833.
- interpretación semántica o empírica de la teoría, VIII, X, 5, 8, 18-19, 42, 49-50, 68 nota 14, 83-88, 93-98;
- axiológica, 8, 15, 19, 38;
 - teoría de la democracia como, 38;
 - normativista, 8-10, 19, 41, 49;
 - dogmática jurídica como, 8, 41, 46-47;
 - realista, 8-10, 19, 41, 49;
 - sociología jurídica como, 10, 41.
- invalidéz/inválido (INV, D9.20), 18, 39, 300, 509-512;
- como desobediencia a una prohibición, 512;
 - como invalidez formal o sustancial, 509-510;
 - duplicidad de los efectos: efectos ilegítimos y su anulabilidad, 523;
 - e ineffectividad de las normas sobre la producción, 877-878.
- invalidéz formal (IVF, D9.21), 509-512;
- como desconformidad del acto formal por alguna norma formal, 510;
 - juicio de _ como juicio también de hecho, 511.
- invalidéz sustancial (IVS, D9.22), 509-512;
- como incoherencia de la decisión con alguna norma sustantiva, 510;
 - juicio de _ como juicio sólo de derecho, 511.
- investigación sociológica; *vid.* observación empírica o sociológica.
- iusnaturalismo, 16, 28, 110.
- jerarquía de las fuentes y de las normas, 852-857; *vid.* red, secuencia, nomodinámica.
- jurisdicción (GIU, D12.19), 830-836;
- como aplicación sustancial de las normas primarias de las que constata la violación, 532-533, 833-834;
 - que se manifiestan como normas sustantivas e hipotéticas, 833-836;
 - como constatación de una inobservancia (de un inválido o de un lícito), 831-832;
 - como ejercicio de la función judicial (de garantía secundaria), 831-832.
- justicia, 15-17, 19, 24, 37, 39-40, 72 nota 26.
- justiciabilidad, 192.
- laguna/s (LAC, D10.44), 11-14, 20, 25-26, 33, 50, 70 nota 19, 110-114, 134-135 nota 17, 135-136 notas 22 y 23, 164-166, 190-192, 475-477, 644-651, 857-861;
- como factor de ilegitimidad, 114;
 - como vicio estructural por omisión de una decisión obligatoria, 646, 858-860;
 - conectado a los desniveles normativos, 647, 864;
 - que comporta la obligación de su remoción, 650-651;
 - deóntica, 190;
 - diferencias con las lagunas (aparentes) solubles por el intérprete, 12, 648-651, 858-859;
 - sobre la base del principio de analogía, como metanorma constitutiva, 650;
 - expresadas por el cuadrado de las expectativas deónticas, 164;
 - superación de las _ impuesta por el paradigma constitucional, 26.
- laguna/s formal/es (LAF, D10.45), 651.
- laguna/s primaria/s (LPR, D10.47), 192, 651-653, 859, 862;
- como ausencia de garantías primarias, 634-636, 651-654;
 - como ausencia, en violación de una norma tética, de normas primarias, 651-654;
 - malinterpretada a veces como ausencia de derecho, 862-863.
- laguna/s secundaria/s (LSE, D10.48), 192, 477, 652-653, 859, 862;
- como ausencia, en violación de una norma tética, de normas secundarias, 651-654;
 - como ausencia de garantías secundarias, 638-639, 652.
- laguna/s sustancial/es (LAS, D10.46), 651.
- legalidad: *vid.* principio de legalidad.
- legalismo ético, 16.
- legislación, 414;
- obligación constitucional de una _ de actuación de los *principia iuris et in iure* impuesta por los *principia iuris tantum*, 654, 865, 867.
- legitimación, 14;
- jurídica o interna, 15, 25, 439;

- formal, en el estado legislativo de derecho, 461, 539;
 - grado de, 40;
 - sustancial, en el estado constitucional de derecho, 462, 539;
 - política o externa, 15, 25, 439.
- legitimidad/legítimo (LGT, D9.26), 323
 nota 9, 516-517;
- de los efectos (normas o situaciones) de actos preceptivos válidos, 516-517, 877-878;
 - y efectividad de las normas sobre la producción, 878-879.
- legitimidad formal (LGF, D9.28), 518-519;
- de los efectos (situaciones o normas) de actos preceptivos formalmente válidos, 519.
- legitimidad sustancial (LGS, D9.30), 519;
- de los efectos (situaciones o normas) de actos preceptivos sustancialmente válidos, 519.
- lengua jurídica, 422, 434, 452 nota 18, 526, 533-534.
- lenguaje:
- común, IX-X, 55;
 - dimensiones del, VII-VIII, 4, 65 nota 2;
 - observacional y lenguaje teórico, 41-42;
 - razones de la validez de la distinción en la ciencia jurídica, 43-44;
 - simbólico, VIII-IX, 48, 56.
- lenguaje jurídico, 422, 434, 452 nota 18, 526, 533-534, 801-804;
- del derecho o _ legal, VIII, 8, 20;
 - como lenguaje común técnico, 48;
 - en el derecho jurisprudencial, 801-802;
 - en el derecho positivo moderno, 802;
 - en el estado constitucional de derecho, 802-804;
 - filosófico-político, 42;
 - sobre el derecho:
 - dogmático, VIII, 42-47;
 - como lenguaje observacional, 42-46;
 - como metalenguaje del _ legal, 44, 48;
 - sociológico, 42;
 - como lenguaje observacional, 42;
 - teórico, VII-VIII, 19-24, 44-47;
 - axiomatización y reelaboración de todo el, VII, 47-50, 53;
 - como lenguaje artificial y formalizado, VIII, 21-23, 45-46, 48;
 - reglas del, 57-64;
 - de formación, 48-50, 63-64;
 - de transformación, 48-50, 64;
 - vocabulario, 57-63;
 - signos descriptivos o términos, primitivos y definidos, 57-63;
 - signos lógicos, 63;
 - sintaxis lógica del, 48, 53;
 - términos primitivos del, 81.
- lesiones (LES, D10.19), 605-606.
- ley (LGG, D12.26), 852-856.
- libertad:
- cuatro conceptos de, 711-717;
 - derechos de: *vid.* derechos de libertad;
 - frente a y de, 151, 712, 715-717;
 - *vid.* derechos de libertad frente a, derechos de libertad de;
 - mera o natural (en el *silentium legis*), 127-128, 152-154, 717;
 - negativa y positiva, 151-155;
 - en referencia a sistemas deónticos distintos, 152;
 - en referencia al mismo sistema deóntico, 152;
 - negativa (o pasiva o 'libertad frente a'), 151-152;
 - como expectativa negativa o inmunidad, 151-152, 154;
 - positiva (o activa o 'libertad de'), 151-152;
 - como facultad, 151-152, 154;
 - tres conceptos de, 123-128;
 - y autonomía, 126-128, 152-154, 703-704, 711-714;
 - y poderes, 126-128, 151-155;
 - y propiedad, 600-601, 711.
- libertad de (LDI); *vid.* derechos de libertad de.
- libertad frente a (LDA); *vid.* derechos de libertad frente a.
- lícito: *vid.* acto lícito, facultativo.
- límites fundamentales (LFO, D11.24), 730-733;
- como garantías primarias de los derechos de libertad, 730-731;
 - propio del estado de derecho liberal, 731-732.
- lógica:
- del discurso *acerca del* derecho y _ del discurso *del* derecho, XI, 26;
 - interna del estado constitucional de derecho, 33;
 - normativa frente al derecho positivo, 25, 33;

- principios de la lógica como *principia iuris tantum*, 25-28, 34;
 - en el derecho y en la teoría del derecho, 25.
- maternidad, 335-338; *vid.* autodeterminación.
- mercado:
 - nomodinámica horizontal del, 273, 305, 350; *vid.*
- mercancías, 740.
- metateoría, 4-80;
 - pragmática, VIII, 4, 19-40; *vid. tb.* teoría del derecho, papel de la;
 - cuatro paradojas de la, 36;
 - semántica, VII, 4-19;
 - extensión, 5-8;
 - intensidad, 8-15;
 - ambivalencia, 8-11, 49-50;
 - sintáctica, VIII, 4, 41-64; *vid.* método axiomático.
- método, 41-64; *vid.* lenguaje jurídico teórico;
 - axiomático, VII-IX, 21, 44, 47-57;
 - fecundidad del, 51-57;
 - rigor lógico del, 51;
 - ventajas del, 53-55;
 - vínculos del, 52;
 - de formación de los conceptos:
 - dogmáticos, mediante análisis del lenguaje y definiciones lexicográficas, 44-46;
 - teóricos, mediante axiomatización y definiciones estipulativas, 44-47;
 - técnico-jurídico, 20, 38.
- modalidades deónticas (MOD, prim.), 81, 83-84, 138-145, 247;
 - colectivas, 193-195;
 - como figuras atómicas o simples, 138-139, 307;
 - como significados, 209;
 - contingencia de la actuación y de la no actuación de las, 159;
 - efectividad e ineffectividad de las, 160-166;
 - y comportamientos de actuación, 166 nota 1.
- modos deónticos, 105-109, 128-129
 - nota 1;
 - cuadrado de los: *vid.* cuadrado deóntico;
 - tipologías, 118-123.
- monismo jurídico, 435.
- negocio (NEG, D11.23), 725-729.
- neoconstitucionalismo, 16.
- neutralidad *vid.* avaloratividad.
- niveles de discurso y de lenguaje, 15-18, 40-41, 44.
- niveles y desniveles normativos, 11-14, 20, 24-30, 41, 534;
 - de ordenamientos, 884-890.
- nombramiento (NOM, D10.16), 593-594.
- nomodinámica, 26, 109-115, 123-128, 131-132 nota 10, 165-166, 273, 300, 304-305, 349, 419, 429-433, 435, 536-539, 600; *vid.* ordenamiento;
 - generada por relaciones de grado, 273;
 - horizontal (o de los intercambios en el mercado), 273, 305, 419;
 - imagen objetiva de la \perp en términos de actos y de situaciones, 349;
 - imagen subjetiva de la \perp en términos de relaciones jurídicas entre sujetos, 349;
 - que presiden las normas formales sobre la producción, 538-539;
 - vertical (o de la estructura en grados de los ordenamientos), 273, 304, 419, 429-430, 451-452 nota 16, 852-857;
 - y distinción entre derechos constitucionalmente establecidos y sus garantías, 864;
 - y presencia virtual de antinomias y lagunas estructurales, 112-113.
- nomoeológica, 110, 131-132 nota 10, 165-166, 430-432, 434, 536-539, 600;
 - que presiden las normas sustantivas sobre la producción, 538-539;
 - y ausencia de antinomias y de lagunas, 110.
- norma/s (NOR, D8.1), 208, 213, 247-248, 395-397, 399-411;
 - abstracción de las, 396;
 - como regla jurídica positiva, 398;
 - como significados prescriptivos, 396-399;
 - cuatripartición de las, 403-406;
 - efectividad e ineffectividad de las, 426-430;
 - grado de, 427-428;
 - escala de las, 855;
 - felicidad e infelicidad de las, 429-430;
 - generalidad de las, 396;
 - positividad de las, 275, 396-397;
 - tipología de las, 399-411, 488-492, 588-592, 640-644, 852-857, 867-872;
 - universalidad de las, 396, 405.

- norma adscriptiva (NAS, D8.7), 407-408, 448-449 nota 9.
- norma atributiva (NAT, D8.8), 407-408.
- norma/s constitucional/es (NCS, D12.24), 852-857, 877-878;
- soberanía como titularidad de los derechos establecidos por, 875.
- norma/s constitutiva/s (NCO, D8.6), 401-403;
- prohibición de _ en materia penal, 406;
 - que constituyen o preconstituyen estatus, 402.
- norma/s de competencia (NCP, D10.11), 588-592, 670 nota 15; *vid.* competencia;
- como normas hipotético-constitutivas de las competencias representativas de los funcionarios, 588-591;
 - como normas hipotético-deónticas sobre la competencia como requisito de forma, 590;
 - como normas tético-constitutivas de las competencias institucionales de los órganos, 588-591.
- norma de ley (NLE, D12.27), 852-856, 877-878.
- norma de reconocimiento (NRI, D8.13), 432-434, 442, 595-600;
- como norma deóntica en los ordenamientos nomodinámicos, 432-433;
 - como norma institutiva en los ordenamientos nomoestáticos, 432;
 - de las instituciones políticas originarias, 815;
 - del ordenamiento instituido por el respectivo estatuto, 597-599;
 - como norma de competencia sobre las funciones de producción normativa, 597-598.
- norma/s deóntica/s (NDE, D8.5), 401-403;
- que disponen o predisponen situaciones o normas, 402.
- norma/s formal/es (NFO, D9.11), 412, 488-492;
- como normas sintácticas sobre la forma de los actos formales, 488-489, 533;
 - en la sujeción a las cuales consiste el principio de mera legalidad formal, 488.
- norma/s hipotética/s (NIP, D8.4), 399-401, 408-409;
- como normas de situaciones o de estatus singulares, 401, 405, 415;
 - hipotético-constitutiva/s, 403-406, 740;
 - hipotético-deóntica/s, 403-406, 720, 740;
 - que predisponen situaciones o estatus, 400.
- norma imperativa (NIM, D8.9), 407-408.
- norma/s institutiva/s (NIS, D8.10), 407-411, 449-450 nota 10;
- definiciones normativas como, 409.
- norma/s primaria/s (NOP, D10.41), 317, 428, 640-643; *vid.* efectividad primaria, garantías primarias, razones primarias para la acción;
- como normas cuya inobservancia es un acto inválido o ilícito, 640-641;
 - y garantías primarias, 643-644.
- norma/s secundaria/s (NOS, D10.42), 317, 428, 640-643; *vid.* efectividad secundaria, garantías secundarias, razones secundarias para la acción;
- como normas hipotéticas cuya observancia es la anulación de un acto inválido o la condena por un acto ilícito, 640-641;
 - y garantías secundarias, 643-644.
- norma/s sobre la producción (NPR, D9.13), 489-492, 545 nota 20;
- como suma de las normas formales y de las normas sustantivas, 488-489;
 - papel de los cuantificadores en el análisis de las diferencias entre los dos tipos de normas, 493;
 - de grado supraordenado a los actos y a los efectos producidos, 488, 491-492, 877;
 - efectividad de las _ y validez y legitimidad de las fuentes y de las normas producidas, 879.
- norma/s sustantiva/s (NSO, D9.12), 413, 488-492;
- como normas semánticas sobre el significado de las decisiones, 488-489, 533;
 - en la sujeción a las cuales consiste el principio de estricta legalidad sustancial, 488.
- norma/s téticas (NTE, D8.3), 399-401;
- como situación/es o estatus normativo/s o universales, 400, 405, 415-416;
 - que disponen situaciones o estatus, 400;
 - tético-constitutiva/s, 588-591;
 - tético deóntica/s, 588-591, 720.

normatividad:

– y eficacia, 269.

normativismo, 10, 14, 19, 49, 411-417.

nulidad de los actos formales e inexistencia, 253, 280-281 nota 11, 549-550 nota 32.

obediencia (OTT, D2.9), 156-158.

objeto (OGG, prim.), 81, 85, 95, 174-175, 199-201, 203 nota 2, 370-373.

obligación (OBL, D1.4), 109, 142-145;
– efectividad e ineffectividad de las, 160-166.

obligación civil (OBZ, D11.22), 724-728.

obligación constitucional; *vid.* legislación.

obligación política, 350.

obligatorio (OBB, D1.3), 108, 116-118.

obrar jurídico;

– razones del: *vid.* razones para la acción;

– sentido del, 289-290, 295-297.

observación empírica o sociológica, 10-11, 41-44.

observancia (OSS, D4.10), 230-232;

– de cualquier norma formal como condición de existencia de los actos formales, 493;

– de normas formales como cuestión también de hecho, 496, 511, 536;

– de normas sustantivas como cuestión sólo de derecho, 496, 511, 536;

– de todas las normas sustantivas como condiciones de validez de las decisiones, 493;

– y efectividad e ineffectividad:

– de las normas, 426-429;

– de las reglas, 232-237.

omisión, 106-109, 128 nota 1, 131 nota 7, 197;

– contingencia de la _ y de la comisión, 145.

ordenamiento/s (ORD, D8.12), 430-436;

– como conjunto y sistema de normas, 430-433;

– como figura alternativa a la de persona artificial, 439-443, 847;

– como mundo de signos y de significados, 433;

– como universo lingüístico, 492;

– niveles de, 884-890;

– norma de reconocimiento del, 432-433;

– deóntica o formal en los _ nomodinámicos, 432;

– estructura en grado del: *vid.* nomodinámica vertical;

– *principia iuris tantum* de la:

– coherencia del, 34, 305, 314, 417-422, 429;

– plenitud del, 34, 305, 314, 417-422, 429;

– unidad del, 34, 305, 314, 417-422, 434-436, 492, 857;

– institutiva y sustancial en los _ nomoestáticos, 432.

órgano/s (ORG, D7.15), 355-359, 384-386 notas 34-35;

– colegial/dos, 359;

– como sujetos artificiales, diferentes de los funcionarios, 579-580, 582-583.

panjuridicismo, 262, 265, 292.

paradigma constitucional, X-XI, 11-14, 25-26, 28-39, 775-777;

– coherencia y plenitud impuestas por el, 26;

– positivismo jurídico como presupuesto del, 114;

– teoría del _ como teoría del garantismo, 29.

patrimonio común de la humanidad, 328, 359, 363, 375-376 nota 6; *vid.* bienes comunes.

paz (PAC, D12.20), 445-446, 837-839;

– como regulación o monopolio jurídico de la fuerza, 837;

– criterio de identificación de los derechos fundamentales vitales, 838-841;

– garantizada por la garantía de los derechos vitales, 839-840;

– y derecho penal mínimo, 838.

permiso negativo (PEML, D2.2), 141-143, 165.

permiso positivo (PEM, D2.1), 138, 141-143, 165.

permitido (PER, prim.), 81, 83, 93, 106-109, 115-123, 141;

– permiso débil, 607, 613, 614, 675 nota 31;

– permiso fuerte, 607, 613, 614, 675 nota 31.

persona (PES, D7.3), 247-248, 325-329, 329-333, 338-339, 373-374 nota 2;

– como concepto de la moral, 333-334, 381 nota 17;

– natural y _ artificial como figuras opuestas, 329-330, 345-346.

persona/s artificial/es (PAR, D7.6), 298, 329-333, 373-374 nota 2, 377-380

notas 9-13, 383-384 notas 28-30, 386 nota 36, 684;

- cinco tipos de relaciones mediadas por las, 357;
 - como figura alternativa a la de ordenamiento, 439-443, 847;
 - como medio/s o instrumento/s, 346, 357;
 - como sujetos dotados de capacidad jurídica, 345;
 - como sujetos incapaces de obrar, 343-345;
 - como sujetos no constituyentes sino constituidos, 274-275, 345-348, 357-358;
 - identidad jurídica de la *_*, definida por la razón social, 437-438;
 - metáfora antropomórfica, 347;
 - razón social de la, 439;
 - teoría de la ficción y teoría de la realidad, 330-331, 379-380 nota 13;
 - y sus órganos, 355-359.
- persona física: *vid.* persona natural.
- persona jurídica: *vid.* persona artificial.
- persona natural (PNA, D7.5), 329-333, 378 nota 10, 684;
- como no cosa, 203 nota 3, 331, 380-381 nota 16;
 - dignidad de la, 331;
 - nacimiento y concepción de la *_* y de la maternidad, 333-338;
 - concepción como acto performativo, 335.
- personalidad (PTA, D7.2), 325-329, 338-341, 374 nota 3;
- presupuesto de los derechos de la persona, 686-689, 691, 694-696.
- plenitud, 26-27, 32, 34, 139, 164-166, 296; *vid.* lagunas, ordenamiento;
- como *principium iuris tantum* expresado por el cuadrado de las expectativas deónticas, 164-166.
- pluralismo jurídico (de los ordenamientos), 434-436.
- poder/es (POT, D10.1), 198, 293, 534, 556-567, 665-666 nota 4;
- como modalidad de actos preceptivos, 557-558;
 - productores de efectos en la esfera jurídica de otros, 563;
 - en el estado de derecho, 561-567;
 - complejidad estructural del, 563-565;
 - cuyo ejercicio está sometido a normas, 565;
 - como *_* autónomos, en el respeto de normas sustantivas, 538, 570;
 - como *_* discrecionales, en el respeto de normas sustantivas, 538, 570;
 - como *_* vinculados a la aplicación sustancial de normas sustantivas, 570;
 - legitimidad e ilegitimidad de los, 558-559, 562, 565-566;
 - potestades y funciones, 198;
 - públicos y privados, 198;
 - salvajes, 126;
 - validez e invalidez de los actos que son causa o ejercicio de los, 558-559, 561-562, 565-566.
- poder constituido (PCT, D12.2), 346, 805-807;
- poder de revisión de la constitución como, 811.
- poder constitutivo (PCS, D10.4), 196-199, 568-570;
- cuyo ejercicio está sometido sólo a normas formales, 570.
- poder constituyente (POC, D12.1), 97, 277, 298, 299, 364, 804-809;
- como poder efectivo, 805-806;
 - como poder no positivo ni regulado, 842;
 - democrático, 811-812.
- poder decisional (PDC, D10.5), 568-570;
- cuyo ejercicio está sometido a normas formales y sustantivas, 570.
- poder ser (de los comportamientos prescritos), 140-141, 167-168 nota 3;
- como condición de sentido de las prescripciones, 140-141;
 - como condición de sentido de las situaciones, 289-290;
 - como relación deóntica entre modalidades (o expectativas o situaciones) y actuaciones, 289-290;
 - modalidades y expectativas como relaciones deónticas de, 138-141;
 - y antinomias y lagunas, 644-645.
- poderes públicos: *vid.* funciones públicas;
- distinciones de los, 769-772.
- positivismo jurídico, 3, 15-16, 33-34, 37, 39, 114, 414, 468, 803;
- caracterizado por normas formales sobre la forma de la producción legislativa, 534-535;
 - como presupuesto de las garantías y del paradigma constitucional, 114;
 - cuatro postulados del, 23, 96-97;
 - primer postulado, 96, 249-251;
 - segundo postulado, 96, 298-301;

- tercer postulado, 96, 342-345;
 - cuarto postulado, 96-97, 274-278, 397;
 - y garantismo, 33-34;
 - y papel performativo de la teoría, 35-36;
 - y separación (o divergencia) entre derecho y justicia, 15.
- postulados de la teoría, VII, 48, 88-93;
- interpretación de los dieciséis, 93-98;
 - postulado PM, 91-93.
- potestades (PTS, D10.7), 563, 571-573;
- como derechos-potestad, 577;
 - como poderes autónomos, 576;
 - constitutivas, 573;
 - decisionales, 573;
 - ejercidas en el interés de sus titulares, 571;
 - hipotéticas, 573-575; *vid.* derechos patrimoniales (activos);
 - téticas, 573-575; *vid.* derechos fundamentales (de autonomía, civiles y políticos).
- pragmática:
- de la teoría del derecho, 114-115; *vid.* metateoría pragmática;
 - del derecho, 424-426;
 - del lenguaje preceptivo, 211.
- precepto/s (PRE, D4.2), 211-219;
- constitutividad en sentido estricto o fuerte de los, 214-219;
 - como performatividad, 215;
 - constitutividad en sentido lato o débil de los, 214-219;
 - como prescriptividad, 217.
- preceptos constitutivos (PCO, D4.5), 216-219;
- constitutividad en sentido fuerte de estatus ónticos, 214, 216, 218-219.
- preceptos deónticos (PDE, D4.4), 216-219;
- constitutividad en sentido débil de figuras deónticas, 214, 216-219.
- predicados y temas, 98-99.
- prescripciones (PRS, D4.3), 208, 211, 213;
- condiciones de sentido: *vid.* poder ser.
- prestación (PRT, D10.18), 604-606.
- principio/s:
- de causalidad, 258, 267; *vid.* causa, eficacia;
 - equivalente al principio de legalidad, 254;
 - de coherencia: *vid.* coherencia, antinomias, cuadrado de los modos y de las modalidades deónticas;
 - de constitucionalidad, 126-127;
 - de cualificación jurídica de los actos, 296-297;
 - de expresabilidad de las prescripciones, 238 nota 1, 447 nota 2;
 - de igualdad, 250;
 - de la paz, 445-446, 838;
 - de legalidad: *vid.* principio de legalidad;
 - de legitimidad: *vid.* principio de legitimidad;
 - de plenitud: *vid.* plenitud, lagunas, cuadrado de las expectativas deónticas;
 - de positividad de las normas, 396-397;
 - de positividad de las situaciones, 299-300;
 - de positividad del derecho: *vid.* positivismo jurídico;
 - de tipicidad de los actos, 417; *vid.* principio de legalidad;
 - de unidad: *vid.* ordenamiento;
 - del normativismo, 411.
- principio de legalidad (de los actos), 111-112, 125-127, 222, 250, 254, 296, 300, 411-415, 417, 461-464, 486-490, 535, 803, 806; *vid.* estado de derecho, eficacia;
- como norma de reconocimiento del derecho existente y/o válido, 4, 6, 15, 17, 37;
 - estricta, fuerte, sustancial o constitucional, 300, 412-415, 461, 463-464, 472, 486, 488, 490, 497, 535, 880;
 - expresado por las normas sustantivas sobre la producción, 488-489, 490, 535, 803;
 - donde la ley es (también) condicionada, 414, 461, 802, 880;
 - relativo a la sustancia o al significado, o sea, al ‘qué’ de las decisiones, 464, 486-487, 880;
- mera, lata, formal o legislativa, 412-415, 461, 463-464, 471, 486, 488, 490, 497, 535, 879;
- expresado por las normas formales sobre la producción, 488-489, 490, 535, 803;
 - donde la ley es (sólo) condicionante, 413, 461, 802, 879-880;
 - relativo a la forma, o sea, al ‘quién’ y al ‘cómo’ de las decisiones, 464, 484-485, 496, 880.
- principio de legitimidad (de las normas y de las situaciones), 250, 300, 415-417, 517;

- del poder, 565;
 - estricta, fuerte o sustancial, 300, 415-417, 516;
 - mera, lata o formal, 415-417, 516.
- principios y reglas:
- crítica de la tesis según la cual (sólo) los primeros se respetan y (sólo) las segundas se aplican, 532-533, 553-554 notas 46-47.
- principium/a iuris et in iure*, 23-30, 34, 38, 73-74 nota 32, 110-111, 164-166, 186, 250, 332, 525, 538, 815;
- como principios jurídicos axiológicos, no teóricos, internos al derecho positivo, 34.
- principium/a iuris tantum*, 24-30, 32, 34, 38-39, 111, 113, 164-166, 186, 190, 314, 421, 429, 476, 494-495, 511, 525, 538, 606, 618, 636, 638, 653-654, 815;
- como principios teóricos, no axiológicos sino lógicos, externos al derecho positivo, 34;
 - como tesis analíticas en los sistemas nomoestáticos, 165;
 - como tesis normativas en los sistemas nomodinámicos, 165;
 - de la unidad, de la coherencia y de la plenitud: *vid.* unidad, coherencia, plenitud, ordenamiento;
 - papel crítico y proyectivo de los, 636; *vid.* nomodinámica, *principia iuris tantum*.
- proceso/ constituyente/s, 365.
- prohibición (DIV, D2.5), 108-109, 142-145;
- efectividad e ineffectividad de la, 160-164.
- prohibido (VIE, D1.2), 108-109, 116-118.
- propiedad (derecho de):
- como derecho civil de autonomía y como derecho real, 711, 726;
 - y libertad, 600-603, 711.
- proposición, 208.
- prueba (PRV, D6.5), 319-320, 833;
- carga de la, 320.
- público y privado, 756-763, 796-798 notas 71-78;
- como distinción conceptual, 756-757;
 - validez teórica de la, 757-758;
 - dos criterios de distinción, 758-759;
 - intereses generales e intereses particulares, 758;
 - producción heterónoma y producción autónoma, 758-759.
- pueblo (POP, D7.16), 365-370, 387-391 notas 43-50;
- como sujeto colectivo, 365;
 - concepciones organicistas del, 365, 387-388 nota 44;
 - constituido, 368;
 - por la común titularidad de los derechos constitucionalmente establecidos, 875;
 - constituyente, 368, 807-808, 892-894 notas 6 y 7;
 - en sentido jurídico, 364, 367;
 - en sentido prejurídico, 364, 366-367;
 - unidad del _ como igualdad en los derechos fundamentales, 368, 388-391 notas 45-49.
- punto/s de vista, 8-11, 18, 24, 40; *vid. tb.* divergencias deónticas;
- axiológico externo, 15, 17, 19, 24, 38, 39, 438-439;
 - factual externo, 10-11, 17, 19, 39, 49;
 - jurídico interno, 10-11, 15, 17, 19, 23, 39, 438-439;
 - de las normas de nivel inferior, 11-14;
 - de las normas de nivel superior, 11-14.
- racionalidad, formal y sustancial, 463, 539.
- razón social (RAS, D8.14), 346-347, 357-358, 437-439, 442, 595-600;
- como estatus de la persona artificial, 437-439;
 - establecido por el respectivo estatuto, 597-599, 671 nota 20;
 - en garantía de las expectativas establecidas en el mismo, 598-599;
 - de las instituciones políticas originarias, 815.
- razones para la acción, 229-230, 284-285 nota 33;
- jurídicas para actuar o para no actuar, 254, 269-270;
 - primarias, 269; *vid.* efectividad primarias, garantías primarias, normas primarias;
 - y autonomía, 662-663;
 - secundarias, 269; *vid.* efectividad secundaria, garantías secundarias, normas secundarias;
 - y heteronomía, 663.
- realismo jurídico, 9-11, 13-14, 19, 49.
- reciprocidad, 184, 622, 632.
- red/es: *vid.* secuencias;

- de actos y de situaciones, 303;
 - de derechos y deberes correspondientes, 621-622;
 - de expectativas y de imperativos, 182-186;
 - de garantías, 348-350, 634-635;
 - desmalladuras en la _ como lagunas, 305, 635;
 - de las fuentes, 417-422, 430-431, 856;
 - de las normas, 417-422, 430-431, 435, 856;
 - de las relaciones de grado (entre actos y situaciones), 301-305;
 - de ordenamientos, 435-436;
 - de relaciones deónticas, 184;
 - de relaciones jurídicas, 349, 352-353, 635;
 - de signos y de significados, 297;
 - desgarros en la _ determinados por las lagunas y por las antinomias, 421;
 - objetiva, es decir, de actos y de situaciones, 303, 349, 441;
 - subjetiva, es decir, de sujetos y de relaciones jurídicas, 349, 441.
- regla/s (REG, prim.), 81, 85, 95, 212-213;
- abstracción de las, 220-222;
 - como razones para la acción, 229;
 - como significados, 209, 228-229;
 - e igualdad, 221-222;
 - efectividad e ineffectividad de las, 232-237;
 - grado de, 234-237;
 - tipología de las, 222-228;
 - universalidad o tipicidad de los temas de las, 213, 219-222; *vid.* universales;
 - valor prescriptivo de las, 228;
 - constitutivo de las, 229;
 - deóntico de las, 229.
- regla/s constitutiva/s (RCO, D4.9), 225-228.
- regla/s deóntica/s (RDE, D4.8), 225-228.
- regla/s hipotética/s (RIP, D4.7), 222-225;
- como previsión de hipotéticas o posibles prescripciones, 224;
 - hipotético-constitutiva/s, 226-228;
 - hipotético-deóntica/s, 226-228.
- regla/s tética/s (RTE, D4.6), 222-225;
- como prescripciones, 224;
 - tético-constitutiva/s, 226-228;
 - tético-deóntica/s, 226-228.
- relación deóntica (RAD, D3.4), 147, 158, 182-186, 310, 357;
- y garantías, 188-190.
- relación jurídica (RAG, D7.11), 147, 158, 348-350, 357;
- entre titulares de derechos y titulares de las respectivas garantías, 632-634;
 - representativa o de representación: *vid.* representación.
- relación orgánica:
- entre las personas artificiales y sus órganos, 355-357, 579-580, 582.
- relaciones de grado (RGR, D5.6), 126, 270-273, 301-305, 349, 877; *vid.* grado supraordenado y grado subordinado;
- como criterio ordenador de las secuencias y de las redes de actos y situaciones, 303; *vid.* regla/s (REG, prim.).
- relativos (derechos y deberes *erga singulum*) (REL, D10.33), 191, 618-624;
- correlativos a (deberes y derechos) singulares, 620-621.
- relevancia jurídica, 267; *vid.* eficacia.
- representación (jurídica) (RAP, D7.12), 179, 182, 347-348, 350-355, 358, 816;
- legal o necesaria, 354;
 - orgánica o institucional; *vid.* representación orgánica;
 - voluntaria o negocial, 354.
- representación orgánica (RAO, D10.8), 348, 352, 355-357, 579-583;
- como relación de representación necesaria entre funcionarios y órganos, 579-581.
- representación política (RPP, D12.4), 357-359, 816.
- representado (RTO, D7.14), 350-355.
- representante (RNT, D7.13), 350-355;
- poder del _ como función, 354.
- respeto (RIS, D9.35), 525-529, 825;
- como coherencia, 529;
 - como decisión de significado observante de las normas sustantivas, 526, 529;
 - propio del ejercicio de las funciones de gobierno, 825, 826;
 - y discrecionalidad, 528.
- responsabilidad (RES, D10.36), 624-627;
- como efecto de un acto ilícito, 626-627;
 - como situación pasiva, 294-295, 627, 679 nota 42;
 - consistente en la expectativa de una condena y de la consiguiente sanción, 626.
- responsabilidad activa (REA, D10.38), 628.
- responsabilidad pasiva (REP, D10.37), 628.
- rule of law*, 462.

- sanción (SAN, D10.35), 22, 260-263, 292, 295, 445-446, 624-630.
- satisfacción (SOD, D2.11), 156-158.
- secuencias, 301-305, 418-422, 566-567;
vid. red;
- ascendente:
 - de actos y de situaciones, 303;
 - de fuentes y de normas, 418-419, 856;
 - de poderes legítimos y de actos preceptivos válidos, 566;
 - y conflictos entre fuentes, 420-421;
 - descendente:
 - de actos y de situaciones, 304;
 - de normas y de fuentes, 418-419, 856;
 - de poderes ilegítimos y de actos preceptivos inválidos, 566-567;
 - desgarros en la _ determinados por las lagunas y por las antinomias, 421;
 - horizontal, 304-305, 721; *vid. nomodinámica horizontal*;
 - relación de grado como criterio ordenador de las, 303;
 - vertical, 304, 721; *vid. nomodinámica vertical*.
- seguridad jurídica, 151;
- negativa, asegurada por los derechos de libertad, 704;
 - positiva, asegurada por los derechos sociales, 705.
- semántica:
- de la teoría: *vid. metateoría*;
 - del derecho, 422-423;
 - y verificabilidad y certeza, 423.
- sentencias constitutivas, 543-544 nota 17.
- sentencias declarativas, 543-544 nota 17.
- sentido cívico o sentido del derecho, 35, 424-426, 661-662.
- sentido jurídico de los actos (o sentido del obrar jurídico), 266, 295, 451 nota 14; *vid. situación*.
- separación de poderes (SEP, D12.8), 819-822;
- contrariedad respecto a la división de poderes, 819-822;
 - e independencia, 829;
 - fundada en la diversidad de las fuentes de legitimación, 823-824;
 - horizontal, entre funciones de gobierno y funciones de garantía, 829-830, 889;
 - vertical, entre instituciones federales e instituciones federadas, 889.
- separación funcional de poderes (SEF, D12.10), 820-822;
- contrariedad respecto a la (con)división funcional de poderes, 821-822.
- separación orgánica de poderes (SEO, 12.9), 820-822;
- contrariedad respecto a la (con)división orgánica de poderes, 821-822.
- ser y deber ser del y en el derecho: *vid. divergencias deónticas, deber ser y ser*.
- significado jurídico, 231, 462, 775;
- ascendente, como situación expresada por los actos que son su actuación, 297;
 - de las decisiones: permitidos por las normas sustantivas sobre su producción:
 - como facultativos, 492;
 - como obligatorios, 492, 497;
 - de los actos constitutivos: predispuestos por las normas sobre su producción, 483;
 - descendente, como situación producida por el acto preceptivo del que trae causa, 297.
- significado prescriptivo (SIG, prim.), 81, 85-86, 95, 113, 208-211.
- signo (SEG, D4.1), 208-211.
- singulares (derechos o deberes *singuli*) (SIN, D10.31), 191, 405, 618-624;
- como parámetros de la desigualdad jurídica, 619;
 - correlativos a (deberes y derechos) relativos, 620-621.
- sintaxis:
- de la teoría, 47-49, 53; *vid. metateoría sintáctica*;
 - del derecho, 417-422.
- situación/es (SIT, D6.1), 213, 223, 247-248, 258-261, 278, 287-288;
- actuabilidad y actuación de las: *vid. actuabilidad, actuación*;
 - colectivas, 360-362;
 - como efectos de actos, 298-301;
 - como figuras moleculares o complejas, 150, 307-308;
 - como modalidades o expectativas de actos, 247-248, 270, 289-290, 292-293, 301;
 - como relación de poder ser, 289-290;
 - como sentido jurídico de los actos que son sus actuaciones, 289-289, 296-297;

- como significado producido por los actos que son su causa, 297;
- condiciones de sentido de las: *vid.* poder ser;
- constituidas o positivas, 312;
- constituyentes, 274-278, 312-314;
- efectividad e ineffectividad de las, 290, 314-316;
- fundamental, 273;
- normativas: *vid.* normas;
- originaria, 273;
- plurisubjetiva, 359;
- positividad de las, 299-301;
- principio de legitimidad de las; *vid.* situación/es activa/s (SIA, D6.3), 293-294, 308-311, 557;
- como garantías (como obligaciones o prohibiciones) de las situaciones pasivas, 310.
- situación constituyente, 804.
- situación pasiva (SIP, D6.4), 294-295, 308-311, 557.
- soberanía, 360;
- como titularidad atribuida a todos de los derechos constitucionalmente establecidos, 311;
- popular, 329, 363;
- y poder constituyente, 808, 892-893 nota 6.
- sociología del derecho, 4, 8-11, 15-19, 25, 39-42, 47, 67 nota 10.
- solidaridad social, 184, 632, 705, 746.
- subjetividad: *vid.* imputabilidad;
- jurídica: *vid.* imputabilidad jurídica.
- subsunción (SUS, D9.39), 530-533;
- como correspondencia o aplicación sustancial, 530-531.
- sucesiones en las situaciones: *vid.* nomodinámica horizontal.
- sujeto (SOG, prim.), 81, 82, 85, 94, 158-160, 173-176;
- colectivo, 175-177, 179, 193-195, 206 nota 11;
- como centro de imputación de comportamientos, modalidades, expectativas e intereses, 158, 173;
- como no objeto, 174-175;
- natural, 298.
- sujeto/s jurídico/s (SGG, D7.4), 248, 327-329;
- colectivo, 359-365;
- como centro de imputación de actos y situaciones jurídicas, 375 nota 4;
- constituido/s, 298, 346-347, 357;
- como personas artificiales, 298;
- por hetero-reconocimiento, 364;
- constituyente/s, 298, 346-347, 357;
- como personas naturales, 298;
- por auto-reconocimiento, 364;
- natural, 298;
- razón social del, 438.
- supuesto de acto, 259.
- supuesto de hecho, 253-259, 465.
- sustancia: *vid.* significado prescriptivo.
- teoría de la democracia constitucional, X, 27-29, 114;
- como interpretación semántica de la teoría formal del derecho, 40;
- como teoría normativa del deber ser constitucional del derecho, 28;
- estatuto epistemológico de la, X, 27-28;
- teoría del derecho como premisa de la, 30.
- teoría del derecho:
 - axiomatización de la, VIII-X, 4, 32, 44;
 - como lugar de encuentro entre dogmática, sociología jurídica y filosofía de la justicia, 38-39;
 - como teoría formal o formalizable, 18, 31-34, 41, 72-73 notas 27-28;
 - conceptos de la, 20-23, 44-46;
 - interpretación de la: *vid.* interpretación semántica;
 - lenguaje de la, 44-46;
 - mapa de la, 99-102;
 - método de la: *vid.* método y metateoría sintáctica;
 - objeto o universo de la, 3-14; *vid.* metateoría semántica;
 - extensión, 5-8, 18-19;
 - intensión, 8-14, 19;
 - orígenes de la, 3;
 - papel, finalidad o dimensión pragmática de la, 19-40; *vid. tb.* metateoría pragmática;
 - descriptivo, 19-20, 33;
 - garantista, 33;
 - normativo, 20, 29, 33; unido:
 - a) al carácter estipulativo de las tesis primitivas, 20-23;
 - b) a los *principia iuris tantum* de la deóntica, 24-36, 114-115, 190; *vid. principium/a iuris tantum*, deber ser y ser del derecho, divergencias deónticas;
 - performativo, 36;
 - proyectivo, 37;

- términos y tesis primitivas de la, como premisa abierta, 50.
- teorización, 42.
- términos (o conceptos) teóricos:
 - definidos, 49, 58-63;
 - primitivos, VII, 49, 58, 81-83;
 - interpretación de los, 83-88.
- tipicidad como causalidad jurídica o eficacia, 253-256.
- titular (TIT, D3.2), 178-182;
 - como figura coextensiva a la suma de modalidades y de expectativas, 178.
- transferencias de situaciones: *vid.* nomodinámica horizontal.
- unidad del ordenamiento: *vid.* ordenamiento;
 - como *principium iuris tantum*, 34.
- universales (derechos o deberes *omnium*) (UNI, D10.30), 191, 405, 618-624; *vid.* regla;
 - como parámetros de la igualdad jurídica, 619;
 - correlativos a (deberes y derechos) absolutos, 620-621.
- uso (USO, D3.12), 200-201.
- validez formal (VAF, D9.18), 502-508, 775;
 - como conformidad de todas las formas del acto formal a todas las normas formales, 503, 504;
 - como corrección de la forma, 504;
 - como cuestión de lengua, 505;
 - juicio de _ como juicio también de hecho, 398-399, 536, 545-546 nota 23.
- validez sustancial (VAS, D9.19), 502-508, 775;
 - como coherencia de al menos un significado de una decisión con todas las normas sustantivas, 499-502;
 - como cuestión de lenguaje, 505;
 - juicio de _ como juicio sólo de derecho, 399, 536, 545-546 nota 23.
- validez/válido (VAL, D9.17), 14-16, 19, 24-25, 39-40, 72 nota 26, 113-114, 497-502;
 - como conformidad de todas las formas a todas las normas formales y coherencia de al menos un significado con todas las normas sustantivas, 499-502;
 - como efectividad de las normas sobre la producción, 877-878;
 - crítica a la concepción de la validez como existencia, 498, 546-549 notas 24-29;
 - diferencia de estatuto entre _ y vigencia, 504;
 - en referencia tanto a las formas como a los significados, 113;
 - papel de los cuantificadores en la teoría de la, 467, 499-500, 502-503, 505-506, 509.
- ventaja (VAN, D3.9), 196.
- verdad, 10, 69 nota 15, 111, 112-113;
 - fáctica, 10, 14;
 - jurídica, 10, 14, 46;
 - lógica, respecto a las premisas, 49.
- veritas non auctoritas facit iudicium*, 828.
- veritas non auctoritas facit legem*, 110, 430.
- vicio/viciado (VIZ, D9.23), 513-515;
 - como inobservancia de una norma sobre la producción, 513;
 - por comisión o por omisión, 513.
- vicio formal (VIF, D9.24), 514-515.
- vicio sustancial (VIS, D9.25), 514-515.
- vigencia/vigente (VIG, D9.16), 14, 16, 25, 36, 40, 113, 398, 497-502;
 - como conformidad de la forma a alguna norma formal, 499-501;
 - como existencia del acto formal, 500-501;
 - como observancia de alguna norma formal, 500-502;
 - como pertenencia a la lengua jurídica;
 - en relación con las formas, 113;
 - juicio sobre _ como juicio también de hecho, 398-399, 536, 546 nota 23;
 - no _ como inexistencia del acto formal, 500-501;
 - papel de los cuantificadores en la teoría de la, 467, 499-500, 503, 506, 509.
- vinculado (VIN, D1.4), 118-123, 123-128, 135 nota 20.
- vínculos fundamentales (VFO, D11.25), 730-733;
 - como garantías primarias de los derechos sociales, 730-731;
 - propios del estado de derecho social, 731-732.
- violación (VIO, D2.12), 156-158.
- voluntad:
 - acto jurídico como manifestación de, 263-264;
 - como intención negocial, 252;
 - cuadrado de las: *vid.* cuadrado lógico de las oposiciones.
- votación (VOZ, D10.13), 594.
- voto (VOT, D10.14), 594.

ÍNDICE DE LA OBRA

VOLUMEN PRIMERO

<i>Prefacio</i>	VII
Introducción. <i>Metateoría del derecho</i>	3
I. LA SEMÁNTICA, p. 3	
1. El objeto de la teoría del derecho. La extensión de la teoría: derecho positivo y democracia constitucional, p. 3 – 2. La intensión de la teoría. Dos referencias empíricas: las normas y los hechos, p. 8 – 3. Dos niveles normativos en el paradigma constitucional. El derecho ilegítimo, p. 11 – 4. Tres divergencias deónticas. La teoría del derecho como teoría formal y sus tres interpretaciones semánticas, p. 15	
II. LA PRAGMÁTICA, p. 19	
5. La finalidad explicativa y reconstructiva de la teoría del derecho. A) El carácter convencional del lenguaje teórico, p. 19 – 6. B) ' <i>Principia iuris tantum</i> ' y ' <i>principia iuris et in iure</i> '. El derecho positivo entre «deber ser» y «ser» jurídico, p. 24 – 7. El derecho como universo simbólico. El papel performativo de la teoría, p. 31 – 8. Un modelo integrado de ciencia jurídica: teoría del derecho, dogmática jurídica, filosofía de la justicia y sociología del derecho, p. 36	
III. LA SINTÁCTICA, p. 41	
9. El método de la ciencia jurídica. El lenguaje de la teoría y el lenguaje de la dogmática, p. 41 – 10. El método axiomático en la formación de los conceptos y de los enunciados teóricos, p. 47 – 11. La fecundidad teórica del método axiomático, p. 51 – 12. Las reglas del lenguaje de la teoría, p. 57 – 12.1. El vocabulario, p. 57 – 12.1.1. Los signos descriptivos, p. 57 – 12.1.2. Los signos lógicos, p. 63 – 12.2. Las reglas de formación, p. 63 – 12.3. Las reglas de transformación, p. 64 – <i>Notas</i> , p. 65	
PRELIMINARES. <i>Los términos primitivos y los postulados</i>	81
1. Los términos primitivos, p. 81 – 2. Una interpretación de los términos primitivos, p. 83 – 3. Los postulados, p. 88 – 4. Una interpretación de los postulados, p. 93 – 5. Predicados y temas, p. 98 – 6. El mapa de la teoría, p. 99	
PARTE PRIMERA. La deóntica	
I. Los modos deónticos y los comportamientos	105
1.1. El cuadrado lógico de las oposiciones y sus posibles interpretaciones, p. 105 – 1.2. La interpretación deóntica del cuadrado de las oposiciones.	

El primer postulado, p. 107 – 1.3. La deóntica, el derecho positivo, el estado de derecho y la ciencia jurídica, p. 109 – 1.4 El cuadrado deóntico: permitido que, permitido que no, prohibido y obligatorio, p. 115 – 1.5. Facultativo y vinculado: el hexágono deóntico. Tipologías de los modos deónticos, p. 118 – 1.6. Una interpretación nomodinámica de los sistemas deónticos. Tres conceptos de libertad, p. 123 – *Notas*, p. 128

II. Las modalidades y las expectativas deónticas 138

2.1. Las modalidades y las expectativas como relaciones deónticas de «poder ser», p. 138 – 2.2. El hexágono de las modalidades: permisos positivos, permisos negativos, facultades, prohibiciones, obligaciones, imperativos, p. 141 – 2.3. Las expectativas: expectativas positivas y expectativas negativas. El cuadrado lógico de las expectativas, p. 145 – 2.4. Libertad positiva y libertad negativa. Libertades y poderes, p. 151 – 2.5. Las actuaciones de las modalidades y de las expectativas: ejercicios, obediencias, desobediencias, satisfacciones y violaciones, p. 155 – 2.6. La efectividad y la ineffectividad de las modalidades y de las expectativas, p. 159 – 2.7. Los principios de la deóntica como *principia iuris tantum*: el principio de no contradicción y el principio de plenitud, p. 164 – *Notas*, p. 166

III. Los sujetos, los estatus y las cosas 173

3.1. Los sujetos como centros de imputación de comportamientos, modalidades, expectativas e intereses, p. 173 – 3.2. Los estatus como significados prescriptivos y figuras de calificación óntica, p. 176 – 3.3. Autores y titulares. Imputación e imputabilidad, p. 178 – 3.4. Las relaciones deónticas entre sujetos. La red de los imperativos y de las expectativas, p. 182 – 3.5. Las garantías y el garantismo. Garantías positivas y garantías negativas, p. 186 – 3.6. La plenitud deóntica y el problema de las lagunas, p. 190 – 3.7. Sujetos, comportamientos, modalidades y expectativas colectivas, p. 192 – 3.8. Intereses, ventajas y desventajas, p. 195 – 3.9. Las cosas y los objetos, p. 199 – *Notas*, p. 202

IV. Los preceptos, las prescripciones y las reglas 208

4.1. Signos y significados prescriptivos, p. 208 – 4.2. Preceptos, prescripciones y reglas, p. 211 – 4.3. La constitutividad de los preceptos, en sentido lato y en sentido estricto. Preceptos deónticos y preceptos constitutivos, p. 214 – 4.4. La universalidad de las reglas: la generalidad y la abstracción, p. 219 – 4.5. Reglas téticas y reglas hipotéticas, p. 222 – 4.6. Reglas deónticas y reglas constitutivas. Una cuatripartición de las reglas, p. 225 – 4.7. Las reglas como significados y como «razones para la acción». La observancia y la inobservancia de las reglas deónticas, p. 228 – 4.8. El 'grado de efectividad' y el 'grado de ineffectividad' de las reglas, p. 232 – *Notas*, p. 237

PARTE SEGUNDA. El derecho positivo

V. Los actos 247

5.1. Introducción, p. 247 – 5.2. Causas y efectos. La causalidad jurídica y el primer postulado del positivismo jurídico, p. 249 – 5.3. La formalización del concepto de 'causa' como categoría general de la teoría del derecho, p. 252 – 5.4. El acto jurídico como causa de efectos jurídicos, p. 256 – 5.5. La inconsistencia teórica de los conceptos de «acto

jurídico lícito» y de «mero acto», p. 259 – 5.6. La inconsistencia teórica del concepto de «hecho jurídico», p. 263 – 5.7. La eficacia de los actos, p. 266 – 5.8. Las relaciones de grado. La dinámica del derecho, p. 270 – 5.9. Constituyentes y constituidos, p. 274 – *Notas*, p. 278

VI. Las situaciones 286

6.1. Las situaciones jurídicas como modalidades o expectativas de actos y como significados prescriptivos, p. 286 – 6.2. Las situaciones como relaciones de «poder ser». El sentido del obrar jurídico, p. 289 – 6.3. Las meras facultades y los meros deberes como figuras no consistentes en situaciones jurídicas, p. 291 – 6.4. La autonomía negocial y la responsabilidad como situaciones, p. 293 – 6.5. La calificación jurídica de los actos. Las situaciones como sentido jurídico de los actos, p. 295 – 6.6. La positividad de las situaciones y el principio de legitimidad. El segundo postulado del positivismo jurídico, p. 298 – 6.7. La red de las relaciones de grado entre actos y situaciones. Ordenamientos y sucesiones, p. 301 – 6.8. La actuabilidad de las situaciones. Las situaciones como figuras moleculares, p. 305 – 6.9. Situaciones activas y situaciones pasivas. Las garantías jurídicas, p. 308 – 6.10. Situación constituyente, situaciones positivas y actos extintivos, p. 311 – 6.11. La efectividad y la ineffectividad de las situaciones, p. 314 – 6.12. La constatación jurídica y la argumentación. La interpretación y la prueba, p. 316 – *Notas*, p. 321

VII. Las personas y los bienes 325

7.1. Personas, personalidad y sujetos jurídicos, p. 325 – 7.2. Personas naturales y personas artificiales, p. 329 – 7.3. El concepto de ‘persona’ entre derecho y moral: una digresión. La naturaleza del embrión y el nacimiento de la persona, p. 333 – 7.4. La capacidad de obrar y la capacidad jurídica como categorías generales del derecho, p. 338 – 7.5. El tercer postulado del positivismo jurídico. Sujetos constituyentes y sujetos constituidos, p. 342 – 7.6. Las relaciones jurídicas y la red de las garantías, p. 348 – 7.7. La representación, p. 350 – 7.8. Las personas artificiales y sus órganos. La relación orgánica, p. 355 – 7.9. Sujetos, situaciones y actos colectivos, p. 359 – 7.10. Pueblos y ciudadanos, p. 365 – 7.11. Los bienes. Bienes materiales y bienes inmateriales, p. 370 – *Notas*, p. 373

VIII. Las normas 395

8.1. La norma como regla jurídica positiva. El cuarto postulado del positivismo jurídico. Las fuentes y las normas, p. 395 – 8.2. Normas téticas y normas hipotéticas. Normas deónticas y normas constitutivas, p. 399 – 8.3. Una división cuatripartita de las normas: normas tético-deónticas, normas tético-constitutivas, normas hipotético-deónticas, normas hipotético-constitutivas, p. 403 – 8.4. Normas adscriptivas, normas atributivas, normas imperativas y normas institutivas. Los institutos jurídicos, p. 407 – 8.5. El normativismo. El principio de mera legalidad y el principio de estricta legalidad de los actos, p. 411 – 8.6. El principio de mera legitimidad y el principio de estricta legitimidad de las situaciones y de los estatus, p. 415 – 8.7. La sintaxis del derecho. La red de las normas: los *principia iuris tantum* de la unidad, la plenitud y la coherencia, p. 417 – 8.8. La semántica y la pragmática del derecho: las normas como reglas de la lengua, los actos como expresiones en lenguaje jurídico, p. 422 – 8.9. La efectividad y la ineffectividad de las normas. El indeterminismo jurídico, p. 426 – 8.10. El ordenamiento como sistema de normas. Las normas de reconocimiento de los ordenamientos, p. 430 – 8.11. Unidad

de los ordenamientos y pluralismo jurídico, p. 434 – 8.12. La razón social como estatus de la persona jurídica, p. 437 – 8.13. Dos representaciones alternativas de las instituciones. Instituciones como ordenamientos o instituciones como personas, p. 439 – 8.14. Derecho y fuerza. Paz y derecho, p. 443 – *Notas*, p. 446

PARTE TERCERA. El estado de derecho

IX. Actos formales y actos informales 461

9.1. Introducción, p. 461 – 9.2. Las formas jurídicas. Signos, significados y reglas del lenguaje jurídico. Ius-formalismo, ius-positivismo y ius-constitucionalismo, p. 464 – 9.3. Actos formales o lingüísticos y actos informales o no lingüísticos. Mera y estricta legalidad, p. 469 – 9.4. Los actos informales: actos ilícitos, cumplimientos, incumplimientos, p. 473 – 9.5. Los actos formales: actos preceptivos y actos instrumentales, p. 477 – 9.6. Los actos preceptivos: decisiones y actos constitutivos, p. 481 – 9.7. Las normas sobre la producción: normas formales y normas sustantivas, p. 488 – 9.8. Formas y contenidos. Conformidad de las formas con las normas formales y coherencia de los significados con las normas sustantivas sobre la producción, p. 492 – 9.9. Vigencia y validez. La inexistencia, p. 497 – 9.10. Validez formal y validez sustancial, p. 502 – 9.11. La invalidez. Invalidez formal e invalidez sustancial, p. 508 – 9.12. Los vicios en la producción jurídica. Vicios por comisión y vicios por omisión. Vicios formales y vicios sustanciales, p. 513 – 9.13. Legitimidad e ilegitimidad de las situaciones. El principio de legitimidad de los efectos de los actos preceptivos, p. 516 – 9.14. La anulabilidad y la anulación de los efectos ilegítimos de los actos inválidos, p. 520 – 9.15. Aplicación y respeto de las normas sobre la producción. Aplicación formal y aplicación sustancial, p. 525 – 9.16. Conformidad y coherencia: correspondencia y subsunción. Lengua y lenguaje de la comunicación jurídica. Normas y principios, p. 529 – 9.17. Nomodinámica y nomoestática. Mera legalidad y racionalidad formal; estricta legalidad y racionalidad sustancial, p. 534 – *Notas*, p. 539

X. Poderes, derechos y garantías 556

10.1. Poderes, deberes, cargas, p. 556 – 10.2. La estructura del poder en el estado de derecho, p. 561 – 10.3. Poderes constitutivos y poderes decisionales. Potestades y funciones, p. 567 – 10.4. Dos clasificaciones de los poderes. Funciones institucionales téticas y funciones representativas hipotéticas, p. 573 – 10.5. La relación de representación orgánica entre funcionarios y órganos de las personas jurídicas, p. 578 – 10.6. La competencia: una noción compleja, p. 583 – 10.7. Las normas de competencia, p. 588 – 10.8. Designaciones, votaciones, elecciones y nombramientos, p. 592 – 10.9. Los estatutos como normas de reconocimiento y/o razones sociales de las respectivas instituciones, p. 595 – 10.10. La construcción moderna del concepto de derecho subjetivo. Propiedad y libertad, p. 600 – 10.11. Una redefinición de 'derecho subjetivo', p. 603 – 10.12. Derechos positivos y derechos negativos. Derechos-inmunidad, derechos-facultad y derechos-potestad. Derechos activos y derechos pasivos, p. 608 – 10.13. Derechos y deberes. Una extensión del paradigma garantista, p. 615 – 10.14. Derechos y deberes universales y singulares, absolutos y relativos, p. 618 – 10.15. Responsabilidad, condenas y sanciones, p. 624 – 10.16. Garantías primarias y garantías secundarias. Las garantías primarias o sustanciales y las relaciones jurídicas, p. 630 –

10.17. Las garantías secundarias o jurisdiccionales de la anulabilidad y de la responsabilidad, p. 637 – 10.18. Normas primarias y garantías primarias, normas secundarias y garantías secundarias, p. 640 – 10.19. Antinomias y lagunas, p. 644 – 10.20. Lagunas formales y lagunas sustanciales. Lagunas primarias y lagunas secundarias. Garantías fuertes y garantías débiles, p. 651 – 10.21. Efectividad primaria o de primer grado de las normas primarias. Efectividad secundaria o de segundo grado de las normas secundarias. La ineffectividad estructural, p. 654 – 10.22. Razones primarias y razones secundarias para la acción, p. 659 – *Notas*, p. 664

XI. Derechos fundamentales y derechos patrimoniales. Esfera pública y esfera privada 684

11.1. Los derechos fundamentales y la igualdad jurídica, p. 684 – 11.2. Derechos de la persona y derechos del ciudadano. Derechos primarios y derechos secundarios, p. 691 – 11.3. Derechos humanos, derechos públicos, derechos civiles y derechos políticos, p. 696 – 11.4. Derechos individuales y derechos sociales. Libertad y autonomía, p. 701 – 11.5. Derechos políticos, derechos civiles, derechos de libertad y derechos sociales. Una crítica de la tipología de los derechos de Thomas Marshall, p. 706 – 11.6. Derechos de libertad y derechos de autonomía. ‘Libertades frente a’ y ‘libertades de’. Cuatro conceptos de libertad, p. 711 – 11.7. Los derechos patrimoniales. Cuatro diferencias de estructura entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales. Los derechos comunitarios, p. 717 – 11.8. Derechos reales y derechos personales. La propiedad como derecho civil y la propiedad como derecho real, p. 724 – 11.9. Los límites y los vínculos fundamentales como deberes negativos y positivos en garantía primaria de los derechos fundamentales, p. 729 – 11.10. Bienes fundamentales y bienes patrimoniales. Bienes personalísimos, bienes comunes y bienes sociales. Por una carta constitucional de los bienes fundamentales, p. 733 – 11.11. Bienes públicos y bienes privados. Los bienes demaniales. Bienes ilícitos e instituciones ilícitas, p. 739 – 11.12. La igualdad y la desigualdad *en droits*, p. 742 – 11.13. Igualdad como norma, diferencias como hechos. La igualdad como igual valoración de las diferencias, p. 748 – 11.14. Las garantías de la igualdad como garantías de las diferencias. Semántica y pragmática del principio de igualdad, p. 753 – 11.15. Esfera pública y esfera privada, p. 756 – 11.16. Funciones e instituciones públicas, funciones e instituciones privadas, p. 763 – 11.17. Función legislativa, función administrativa y función judicial, p. 768 – 11.18. Los derechos fundamentales y el paradigma del estado constitucional de derecho. La esfera de lo indecible, p. 773 – *Notas*, p. 777

XII. El paradigma del estado constitucional de derecho 801

12.1. Estado de derecho y lenguaje jurídico, p. 801 – 12.2. Poder constituyente y poderes constituidos, p. 804 – 12.3. El acto constituyente, p. 809 – 12.4. Estructura y contenido de las constituciones, p. 813 – 12.5. La representación política, la división del poder y la separación de los poderes, p. 816 – 12.6. Funciones de gobierno y funciones de garantía. Los fundamentos de su separación. Funciones de garantía primaria y funciones de garantía secundaria, p. 822 – 12.7. Instituciones de gobierno e instituciones de garantía. Instituciones de garantía primaria e instituciones de garantía secundaria, p. 827 – 12.8. La jurisdicción. Cuatro características estructurales, p. 831 – 12.9. Paz y derechos vitales, p. 836 – 12.10. La constitución. Una definición al tiempo estructural y axiológica, p. 841 – 12.11. Instituciones constitucionales y democracia

constitucional. Una teoría del estado de derecho sin Estado, p. 846 – 12.12. Jerarquía de las fuentes y jerarquía de las normas. La estructura en grados del ordenamiento constitucional, p. 852 – 12.13. Antinomias y lagunas. El derecho ilegítimo, p. 857 – 12.14. La distinción entre derechos y garantías. Los derechos débiles. Las garantías constitucionales, primarias y secundarias. Las garantías legislativas, p. 861 – 12.15. Fuentes formales y fuentes informales. La costumbre, p. 867 – 12.16. Democracia formal y democracia sustancial. Constitución, esfera pública y pueblo, p. 872 – 12.17. Constitución y leyes entre legitimidad e ilegitimidad, validez e invalidez, efectividad e ineffectividad, p. 877 – 12.18. Las cuatro democracias: democracia política, democracia civil, democracia liberal, democracia social, p. 879 – 12.19. Niveles de ordenamientos. Federaciones y confederaciones. Hacia un nuevo paradigma: el constitucionalismo global, p. 884 – *Notas*, p. 890

Índice de nombres

909

Índice de materias

917

VOLUMEN SEGUNDO

PARTE CUARTA. La democracia constitucional

XIII. Las dimensiones. Democracia formal y democracia sustancial

9

13.1. Las concepciones procedimentales de la democracia: cuatro aporías, p. 9 – 13.2. Una redefinición de la soberanía popular: a) como garantía negativa; b) como suma de los derechos fundamentales, p. 13 – 13.3. Democracia y derecho. Dos dimensiones de la democracia: democracia formal y democracia sustancial, p. 16 – 13.4. Un modelo cuatridimensional de democracia: democracia política, democracia civil, democracia liberal y democracia social, p. 21 – 13.5. Los fundamentos de la democracia. Legitimación formal y legitimación sustancial. Forma y sustancia, p. 26 – 13.6. Tres paradigmas del derecho: derecho jurisprudencial, estado legislativo y estado constitucional de derecho. De la teoría política a la teoría jurídica de la democracia, p. 31 – 13.7. Tres filosofías del derecho: ius-naturalismo, ius-positivismo, ius-constitucionalismo, p. 37 – 13.8. Tres tipos de razón jurídica: sustancial, formal e instrumental en cuanto a los fines, p. 41 – 13.9. Qué es una constitución democrática, p. 46 – 13.10. Constitución y pueblo. Concepción pacticia y concepción organicista de la constitución, p. 51 – 13.11. Los derechos fundamentales como leyes del más débil. Las falacias del multiculturalismo. El universalismo de los derechos como técnica de tutela del pluralismo cultural, p. 57 – 13.12. La efectividad de los derechos vitales y la paz. Los derechos como vía de los conflictos pacíficos y de la solidaridad social, p. 61 – 13.13. Democracia y economía. Los costes de los derechos y los costes de omitir su garantía. El gasto social como inversión pública productiva, p. 66 – 13.14. Conflictos entre derechos y ponderación judicial. Discrecionalidad política y discrecionalidad judicial, p. 70 – 13.15. La crisis actual de la democracia constitucional. Las lagunas de garantías y la crisis del principio de legalidad, p. 76 – 13.16. La democracia como construcción jurídica. Cuatro expansiones del paradigma constitucional. Para una ciencia de la constitución, p. 80 – 13.17. La correlativa expansión del paradigma garantista. La rigidez constitucional, p. 85 – 13.18. a) Las garantías constitucionales, primarias y secundarias, p. 88 – 13.19. b) Las garantías legislativas y las

leyes de desarrollo de los principios constitucionales, p. 92 – 13.20. La democracia como construcción social. Sintaxis, semántica y pragmática de la democracia. La desobediencia civil, p. 96 – 13.21. El estado de excepción y el derecho de resistencia. Una refundación garantista, p. 101 – *Notas*, p. 106

XIV. Las formas de la democracia. La democracia política y la democracia civil 158

14.1. El poder constituyente y la metáfora de contrato social, p. 158 – 14.2. La producción y la reproducción democrática de la sociedad civil y de la sociedad política. La dimensión formal de la democracia, p. 160 – 14.3. I. La ‘democracia política’. A) La representación política como convención, p. 165 – 14.4. La representación política y sus esferas: cinco problemas en materia de representación, p. 168 – 14.5. Cuatro falacias en la concepción de la representación política. La idea del jefe, p. 171 – 14.6. La actual disolución de la representación política. El conflicto de intereses: de la mercantilización a la privatización de la esfera pública, p. 175 – 14.7. A) Las garantías de los derechos políticos. Sistema mayoritario y sistema proporcional. La democracia parlamentaria. Una Cámara, cien representantes, p. 178 – 14.8. Las garantías de la representatividad política: incompatibilidad, instituciones electorales de garantía, democracia interna de los partidos, separación entre partidos e instituciones, p. 184 – 14.9. B) La división del poder. El principio de subsidiariedad, p. 191 – 14.10. C) La separación de poderes: entre poderes públicos y poderes privados; entre funciones de gobierno y funciones de garantía, p. 196 – 14.11. Confusiones de poderes: las funciones administrativas de garantía entre privatización y politización, p. 203 – 14.12. Cuatro fundamentos de la separación de las funciones de garantía respecto de las funciones de gobierno. Deontología de los poderes públicos, p. 207 – 14.13. D) El principio de plenitud de las garantías impuesto a las funciones de gobierno, p. 213 – 14.14. II. La ‘democracia civil’. Para un constitucionalismo de derecho privado, p. 218 – 14.15. Principio de legalidad y derechos fundamentales en las esferas de la autonomía privada, p. 223 – 14.16. A) La familia. Los derechos de las mujeres, p. 228 – 14.17. B) El trabajo. Poderes empresariales y derechos de los trabajadores. La relación de trabajo como relación pública, p. 233 – 14.18. La precarización actual de las relaciones de trabajo. Por un nuevo garantismo jurídico-laboral, p. 239 – 14.19. C) Los límites internos y las garantías «del» mercado, p. 245 – 14.20 D) Los límites externos y las garantías «frente al» mercado de los intereses públicos y de los derechos fundamentales. La cuestión de las privatizaciones, p. 250 – 14.21. Sigue: el límite externo y la garantía frente al mercado de los bienes fundamentales. La indisponibilidad de los bienes personalísimos, p. 255 – *Notas*, p. 258

XV. Los contenidos de la democracia. Democracia liberal y democracia social 298

15.1. La razón social de la democracia constitucional. El estado-instrumento y la dimensión sustancial de la democracia, p. 298 – 15.2. III. La ‘democracia liberal’. A) El doble significado de la separación entre derecho y moral y el principio de laicidad del derecho y de la moral, p. 303 – 15.3. B) Las ‘libertades frente a’ o inmunidades fundamentales: BA) La libertad religiosa y la libertad de conciencia, p. 308 – 15.4. BB) El derecho a la vida y la prohibición de la pena de muerte, p. 314 – 15.5. BC) La libertad personal. Cuatro figuras de *habeas corpus*, p. 319 – 15.6. BD) El derecho a la

intimidad y las tecnologías informáticas, p. 325 – 15.7. C) Las libertades políticas fundamentales: CA) La libertad de manifestación del pensamiento y la propiedad de los medios de información, p. 329 – 15.8 CB) La libertad de reunión; CC) La libertad de asociación. Subjetividades colectivas y movimientos sociales, p. 336 – 15.9. CD) La libertad de movimiento. El *ius migrandi*, p. 340 – 15.10. D) El paradigma del derecho penal mínimo y el sistema de las garantías penales y procesales, p. 346 – 15.11. La actual crisis del derecho penal. La nueva cuestión criminal, p. 352 – 15.12. La nueva cuestión penal. El desarrollo de un derecho penal máximo: a) la deriva inflacionista y el colapso del principio de legalidad, p. 356 – 15.13. b) La expansión del encarcelamiento, la criminalización de la pobreza y la impunidad de los crímenes de los poderosos, p. 361 – 15.14. Un proyecto de refundación de la legalidad penal sobre el modelo del derecho penal mínimo. Delitos, penas, procesos, p. 366 – 15.15. Descodificación civil y descodificación penal. El papel de la legalidad penal, p. 371 – 15.16. Una propuesta de reforma: la reserva de código en materia penal, p. 375 – 15.17. IV. La ‘democracia social’. Los derechos sociales a la supervivencia y la formalización de sus garantías, p. 379 – 15.18. Las garantías de los derechos sociales y sus lagunas. Funciones e instituciones de garantía, primarias y secundarias. Los vínculos presupuestarios, p. 384 – 15.19. A) El derecho a la subsistencia. Derecho a los mínimos vitales y a la renta social universal, p. 390 – 15.20. B) El derecho a la salud, p. 394 – 15.21. C) El derecho a la educación. Escuela pública y escuela privada. La función pública de la escuela, p. 398 – 15.22. D) El derecho a la información y el principio del pluralismo informativo, p. 403 – 15.23. Legitimación formal y legitimación sustancial. Falsos y verdaderos contrastes. Democracia y equidad social, p. 411 – *Notas*, p. 416

XVI. Los niveles de la democracia. La democracia en la época de la globalización

470

16.1. El pluralismo internacional de los ordenamientos. Elementos de federalismo y niveles supranacionales de democracia, p. 470 – 16.2. Los itinerarios de la soberanía. El cambio de paradigma del derecho internacional producido con la Carta de la ONU, p. 475 – 16.3. Las aporías de la soberanía y de la ciudadanía. Un nuevo paradigma constitucional. Dos peligros para el futuro del orden mundial, p. 480 – 16.4. I. La guerra. La antinomia entre guerra y derecho. La prohibición de la guerra como norma institutiva del ordenamiento internacional, p. 485 – 16.5. Guerra y uso legítimo de la fuerza. La ilegitimidad de las «nuevas guerras», p. 490 – 16.6. Deformaciones del lenguaje. La asimetría entre terrorismo y derecho, p. 494 – 16.7. Fundamentalismo occidental. El «derecho penal del enemigo», p. 499 – 16.8. El futuro del orden internacional. La guerra infinita y la alternativa del derecho, p. 503 – 16.9. Tres garantías de la paz: a) el monopolio jurídico de la fuerza; b) la prohibición de las armas y de los ejércitos; c) la construcción de una esfera pública internacional, p. 506 – 16.10. II. La globalización como vacío de derecho público internacional: A) La crisis de la democracia política y del estado de derecho en la crisis del estado nacional, p. 512 – 16.11. B) La crisis de la democracia civil. Los poderes desregulados del mercado, p. 516 – 16.12. C) Las violaciones de los derechos de libertad. Los crímenes impunes contra la humanidad y el derecho penal criminal, p. 521 – 16.13. D) Las violaciones de los derechos sociales. Globalización, desigualdades y políticas de muerte. El racismo, p. 526 – 16.14. Por una esfera pública mundial. Funciones e instituciones supranacionales de gobierno y de garantía, p. 531 –

16.15. Del derecho internacional al derecho cosmopolita. El paradigma del constitucionalismo y del federalismo global, p. 535 – 16.16. Por un constitucionalismo y un federalismo global multinivel, p. 540 – 16.17. El modelo Europa. La igualdad en los derechos como fuente de legitimación del proceso constituyente europeo, p. 544 – 16.18. El constitucionalismo global como negación del neo-fundamentalismo de Occidente. Cuatro dimensiones de la democracia internacional, p. 548 – 16.19. La democracia cosmopolita: A) La dimensión política: a) el derecho de autodeterminación de los pueblos, p. 553 – 16.20. Sigue: b) la democratización de la Organización de las Naciones Unidas, p. 557 – 16.21. B) La dimensión civil de la democracia cosmopolita. Por una Carta internacional de bienes fundamentales, p. 562 – 16.22. C) La dimensión «liberal» de la democracia cosmopolita. Libertad e igualdad jurídica de las diferencias. Más allá de la ciudadanía, p. 566 – 16.23. D) La dimensión «social» de la democracia cosmopolita: a) garantías de los derechos sociales y desarrollo global. Por una fiscalidad supranacional, p. 571 – 16.24. Sigue: b) las prestaciones de los bienes sociales: agua, alimentación de base y fármacos esenciales, p. 575 – 16.25. La democracia cosmopolita como construcción jurídica. Espacio y tiempo en los horizontes de la política. Realismo a corto plazo y realismo a largo plazo, p. 581 – 16.26. La democracia cosmopolita como construcción social. La lucha por el derecho. Optimismo metodológico, p. 586 – *Notas*, p. 590

Índice de nombres

637

Índice de materias

647

VOLUMEN TERCERO

INTRODUCCIÓN

7

1. La sintaxis del lenguaje de la teoría, p. 7 – 2. El vocabulario, p. 9 – 2.1. Signos descriptivos, p. 9 – 2.1.1. Signos subjetivos, p. 9 – 2.1.2. Signos predicativos, p. 9 – 2.2. Signos lógicos, p. 15 – 2.2.1. Conectivos, p. 15 – 2.2.2. Operadores, p. 15 – 2.2.2.1. Cuantificadores, p. 15 – 2.2.2.2. Operadores modales, p. 15 – 3. Las reglas de formación, p. 15 – 3.1. Enunciados simples, p. 15 – 3.2. Enunciados compuestos, p. 16 – 3.3. Enunciados generales, p. 16 – 3.4. Enunciados modales, p. 16 – 4. Las reglas de transformación, p. 16 – 4.1. Las reglas de la lógica de enunciados, p. 17 – 4.1.1. Axiomas, p. 17 – 4.1.2. Reglas de inferencia, p. 18 – 4.1.3. Leyes lógicas, p. 18 – 4.2. Las reglas de la lógica de predicados, p. 20 – 4.2.1. Axiomas, p. 20 – 4.2.2. Reglas de inferencia, p. 20 – 4.2.3. Leyes lógicas, p. 21 – 4.3. Las reglas de la lógica modal, p. 21 – 4.3.1. Axiomas, p. 22 – 4.3.2. Reglas de inferencia, p. 22 – 4.3.3. Leyes lógicas, p. 22 – 4.4. Las reglas del cálculo específico, p. 23

PRELIMINARES. *Los términos primitivos y los postulados*

25

PARTE PRIMERA. La deóntica

I. Los modos deónticos y los comportamientos

31

II. Modalidades y expectativas deónticas

40

III. Los sujetos, los estatus y las cosas

74

IV.	Los preceptos, las prescripciones y las reglas	96
-----	--	----

PARTE SEGUNDA. El derecho positivo

V.	Los actos	133
VI.	Las situaciones	154
VII.	Las personas y los bienes	201
VIII.	Las normas	245

PARTE TERCERA. El estado de derecho

IX.	Actos formales y actos informales	309
X.	Poderes, derechos y garantías	430
XI.	Derechos fundamentales y derechos patrimoniales. Esfera pública y esfera privada	599
XII.	El paradigma del estado constitucional de derecho	672

	<i>Índice de las tesis de la teoría</i>	777
	<i>Índice de materias</i>	841